Claus Roxin

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

TOMO I

FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORIA DEL DELITO

Traducción y notas

DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA
MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO
JAVIER DE VICENTE REMESAL

CIVITAS

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

TOMO I

FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA
DE LA TEORIA DEL DELITO

CLAUS ROXIN
Dr. Dr. h.c. mult. Catedrático de Derecho Penal
en la Universidad de Múnich

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

TOMO I

FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORIA DEL DELITO

Traducción de la 2.ª edición alemana y notas
por

Diego-Manuel Luzón Peña
Catedrático de Derecho Penal
en la Universidad de Alcalá

Miguel Díaz y García Conlledo
Catedrático de Derecho Penal
en la Universidad Pública de Navarra

Javier de Vicente Remesal
Catedrático de Derecho Penal
en la Universidad de Vigo



Primera edición (en Civitas), 1997

Título original: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 2. Auflage Beck, München, 1994 (ISBN 3 406 38269 X)

La edición de esta obra ha contado con una subvención de Inter Nationes (Bonn), así como también con la ayuda del proyecto de investigación PB- 94-0355-C03, financiado por la DGICYT.

Editorial Civitas, S. A.
Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid (España)
ISBN: 84-470-0960-2
Depósito legal: M. 31.911-1997
Compuesto en Sociedad Anónima de Fotocomposición
Printed in Spain. Impreso en España
por Gráficas Rogar, S. A. Navalcarnero (Madrid)

A Jorge de Figueiredo Dias
y
a mis colegas y discípulos de Coimbra y Lisboa
con mi gratitud

PROLOGO A LA VERSION ESPAÑOLA

Nos cabe el gran honor de prologar la versión española del Derecho Penal, Parte General (I), de Claus Roxin, maestro de todos nosotros y uno de los más grandes penalistas de todos los tiempos. La figura del Prof. Roxin no necesita presentación, pues es sobradamente conocido de todos los juristas que dedican sus esfuerzos al Derecho penal y, por lo demás, para facilitar el acceso a los juristas de lengua española, en las últimas décadas han aparecido ya en este idioma una buena parte de los libros y demás trabajos de Roxin (varios de ellos traducidos precisamente por algunos de nosotros). Pero en este caso se trata de la obra magna de este autor, que sintetiza toda su inmensa y magistral producción científica anterior y desarrolla globalmente, con la inteligencia y claridad habituales en Roxin, su sistema teleológico del Derecho penal, cuya mayor parte queda ya cubierta en este primer volumen, al que pronto seguirá un segundo, que completará el Tratado.

Creemos por ello que con esta traducción prestamos un excelente servicio a los penalistas de habla española, enlazando además con la tradición de traducciones a nuestra lengua de los más importantes manuales y tratados de Parte general de la dogmática penal alemana, cuyas aportaciones han sido decisivas para el desarrollo de nuestra disciplina.

A la traducción se le han añadido, cuando resultaba necesario o conveniente, unas breves notas aclaratorias, que se incluyen siempre entre corchetes, bien en el propio texto, bien en las notas a pie de página. Con ellas, unas veces se da información del contenido de preceptos del Derecho alemán, otras se aclara algún término o frase del idioma original cuya traducción merece alguna explicación, y en otras ocasiones se indica la versión española existente de algún libro o artículo que esta obra cita en la versión alemana original. En cuanto a esto último, hay que destacar que, de los diversos manuales alemanes en los que hay versión en español, sólo se indica esta versión respecto de los manuales de von Liszt, Mezger y Welzel. Ello se debe a que en las citas de la versión original generalmente se hace referencia a su paginación, que obviamente no coincide con la de la traducción española; mientras que las citas de otros manuales, que también cuentan con versión en español, no se hacen con referencia a sus páginas, sino a los parágrafos, apartados o números marginales de la obra, que lógicamente son los mismos en la versión traducida, por lo que el lector puede localizarlos sin más.

La distribución de la traducción (y anotaciones) de la obra es la siguiente: corresponden a Diego-Manuel Luzón Peña los §§ 1-2, 5-11, 14 (salvo su apartado VIII), 15-18 y 23, así como los prólogos y los diversos índices; a Miguel Díaz y García Conlledo, los §§ 12, 14, apartado VIII, 19-22 y 24; y a Javier de Vicente Remesal, los §§ 3, 4 y 13. De todos modos, pese a tal división del trabajo, hemos procurado que la traducción sea lo más uniforme posible.

Alcalá de Henares, Pamplona y Vigo, noviembre de 1996

Diego-Manuel LUZÓN, Miguel DÍAZ y Javier DE VICENTE

PROLOGO A LA 2.ª EDICION (DE LA VERSION ORIGINAL)

La primera edición de esta obra ha encontrado una acogida muy favorable entre los lectores, habiéndose agotado en menos de dos años. Especialmente me alegra comprobar que muchos estudiantes realmente han manejado el libro y lo han encontrado de interés. Y para aquellos que no se limitan a retener los datos de conocimientos más imprescindibles para el examen, sino que realmente quieren comprender y reflexionar a fondo sobre los problemas y sus pros y contras, el "gran" manual sigue constituyendo, en mi opinión, un valioso medio auxiliar de estudio.

La segunda edición ha sido reelaborada y puesta al día con las últimas novedades en todas sus partes, habiéndose tenido en cuenta la jurisprudencia y doctrina hasta finales del otoño de 1993, y a veces hasta más recientemente incluso. Espero que el lector no se asuste por el hecho de que la nueva edición supere en más de doscientas páginas la extensión de la primera edición; pues la principal causa de la mayor extensión ha sido realmente la elección de una tipografía mayor para facilitar la lectura del texto.

Quiero dar las gracias a todos aquellos que me han vuelto a ayudar en esta edición, en primer lugar al Sr. Harald Niedermair, pero también a los Sres. Dr. Manfred Heinrich, Christian Jäger, Klaus Andreas Fischer, Christoph Knauer, así como a mi secretaria, la Sra. Marlies Kotting.

Munich, marzo de 1994

Claus ROXIN

PROLOGO A LA 1.ª EDICION (DE LA VERSION ORIGINAL)

El presente libro es el primer tomo de una exposición, estructurada en dos tomos, de la Parte General de nuestro Derecho penal. Los fundamentos se contienen en los §§ 1-7; en ellos se trata, entre otras cuestiones, el concepto y misión del Derecho penal, las teorías de la pena y sus trasfondos políticocriminales, la historia del Derecho penal desde 1871 y su reforma, así como la evolución y significado de la dogmática jurídicopenal y del sistema del Derecho penal. En los siguientes §§ 7-24 se expone la estructura de la teoría del delito: desde la acción, pasando por la teoría del tipo, la antijuridicidad y la responsabilidad, hasta los restantes presupuestos de la punibilidad y los delitos imprudentes. En un segundo tomo se discutirán, sobre todo, las formas especiales de aparición del hecho punible (tentativa, participación, omisión), así como la medición de la pena y el sistema de sanciones.

Debo al lector unas palabras sobre el objetivo de mi libro y sobre aquellos rasgos en que se distingue —al menos en mi intención— de los otros excelentes libros de que ya disponemos sobre Parte general. Por supuesto que lo primero que he pretendido ha sido resumir y seguir desarrollando los muchos trabajos con los que en los últimos 30 años he intentado contribuir a las teorías generales del Derecho penal, y a continuación ofrecer también mi aportación científica al estudio de las materias que no había tratado hasta ahora. Junto a esto y con el mismo rango que esa finalidad científica, he intentado lograr una exposición susceptible de una lectura ininterrumpida e incluso en la medida de lo posible amena tanto para el estudiante en fase de aprendizaje como para el lector ya formado y experimentado y para los juristas de los nuevos territorios germano-orientales.

Ello explica la disposición monográfica del texto, que mediante la argumentación pretende proporcionar un curso de pensamiento coherente y evolutivo. Pero a su vez ello explica también la falta de prurito enciclopédico; pues, aunque he intentado tener en cuenta todos los libros, artículos y sentencias importantes (hasta finales de 1990), no he pretendido una absoluta exhaustividad en las citas e indicaciones bibliográficas, que por otra parte son fácilmente localizables. Asimismo, al concentrarme en una exposición polemizante y didácticamente asequible del Derecho vigente, he tenido que renunciar a excursos históricos e iuscomparatistas, siquiera selectivos, pues hubieran recargado demasiado el contenido y amplitud del libro.

Doy las gracias a todos cuantos me han ayudado durante largos años en la elaboración del libro. Y quiero expresar mi especial agradecimiento, además de al licenciado Sr. Heinrich, que ha estado sacrificadamente a mi lado en la revisión de la totalidad del texto y durante la difícil fase de redacción definitiva, al Dr. Charalambakis y a los Sres. Cortés Rosa, Niedermair, Neft, Schlüter y Jäger, así como *—last but not least—* a mi secretaria, la Sra. Kotting, sin cuyo admirable trabajo con el ordenador no hubiera sido posible la rápida confección de un texto mecanográfico listo para imprimir ni la constante inclusión de las nuevas publicaciones que iban apareciendo.

Munich, enero de 1991

Claus ROXIN

INDICE

SECCION 2.ª — ACCION, DELITOS MENOS GRAVES Y DELITOS GRAVES

SECCION 3.ª — TIPO

SECCION 6.ª — OTROS PRESUPUESTOS DE PUNIBILIDAD

SECCION 7.ª — LA IMPRUDENCIA

INDICE DE ABREVIATURAS

AbfG	Gesetz über die Vermeidung und Entsorgung von Abfällen (Abfallgesetz) [Ley sobre evitación y desactivación de residuos] de 27-8-1986 (BGBl. I, 1410)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (revista)
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AE	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 1966 (2.ª ed., 1969); ver: PA
AE BT (Person I)	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, Erster Halbbd., 1970; ver: PA PE (Personas I)
AE BT (Sexualdelikte)	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Sexualdelikte - Straftaten gegen Ehe, Familie und Personenstand - Straftaten gegen den religiösen Frieden und die Totenruhe, 1968; ver: PA PE (Delitos sexuales)
AG	Amtsgericht (Tribunal de Primera Instancia)
AIDP	Association Internationale de Droit Pénale (Asociación Internacional de Derecho Penal)
AIFO	AIDS-FORSCHUNG (revista)
AK-[redactor]	Kommentar zum Strafgesetzbuch (en la serie: "Reihe Alternativkommentare"), t. 1, 1990; t. 3, 1986
a.l.i.c.	*actio libera in causa*
Anh.	Anhang (apéndice)
Anm.	Anmerkung (nota, comentario)
AO	Abgabenordnung [Ordenanza Tributaria], de 16-3-1976 (BGBl. I, 613)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (revista)
ap.	apartado
apénd.	apéndice
aprob.	aprobando, de modo aprobatorio
aprox.	aproximadamente
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (revista)
art.	artículo
Arzt/Weber, BT 3^{2}	Gunther Arzt/Ulrich Weber, Strafrecht, Besonderer Teil, volumen 3: Vermögensdelikte (Kernbereich), 2.ª ed., 1986
AT	Allgemeiner Teil (Parte General)
AT 1975	Allgemeiner Teil des StGB von 1975 (Parte General del Código Penal de 1975)
AuslG	Ausländergesetz [Ley de extranjería], de 9-7-1990 (BGBl. I, 1354)
BA	Blutalkohol, Wissenschaftliche Zeitschrift für die medizinische und juristische Praxis (revista)
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgericht (Sentencias del Tribunal Federal de Trabajo)
Baumann, AT^{8}	Jürgen Baumann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8.ª ed., 1977 (con la colaboración de Ulrich Weber)
Baumann/Weber, AT^{9}	Jürgen Baumann y Ulrich Weber, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9.ª ed., 1985
BayGVBl	Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt (Boletín oficial bávaro de leyes y ordenanzas)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht (Tribunal Supremo de Baviera)
BayObLGSt	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen (Sentencias del Tribunal Supremo de Baviera en materia penal)
BayPAG	Bayerisches Polizeiaufgabengesetz [Ley bávara de deberes policiales], de 14-9-1990 (GVBl., 397)
BBG	Bundesbeamtengesetz [Ley de funcionarios federales], en versión de 27-2-1985 (BGBl. I, 479)

BerechnungsG .... Gesetz über die Berechnung strafrechtlicher Verjährungsfristen [Ley sobre el cómputo de los plazos de prescripción penal], de 13-4-1965 (BGBl. I, 315)
BewHi .... Bewährungshilfe (revista)
BGB .... Bürgerliches Gesetzbuch [Código Civil] de 18-8-1896 (RGBl., 195)
BGBl .... Bundesgesetzblatt (Boletín Oficial Federal)
BGE .... Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Sentencias del Tribunal Supremo suizo)
BGH .... Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)
BGHSt .... Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Sentencias del Tribunal Supremo Federal en materia penal)
BGHZ .... Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Sentencias del Tribunal Supremo Federal en materia civil)
bibl. .... bibliográfico(a), bibliografía
Binding, Handbuch StrafR .... Karl Binding, Handbuch des Strafrechts, t. I, 1885
Binding, Lehrbuch BT . Karl Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, t. I, 2.ª ed., 1902
Binding, Normen .... Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, t. I, 4.ª ed., 1922; t. II, Parte 1 (pp. 1-629), 2.ª ed., 1914; t. II, Parte 2 (pp. 630 ss.), 2.ª ed., 1916; t. III, 1918; t. IV, 1919. Reimpr. de los 4 tomos: 1965
BJagdG .... Bundesjagdgesetz [Ley federal de caza] conforme a la versión promulgada el 29-9-1976 (BGBl. I, 2849)]
Blei, AT .... Hermann Blei, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 17.ª ed. 1977; 18.ª ed. 1983
Bockelmann AT³ ..... Paul Bockelmann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3.ª ed., 1979
Bockelmann/Volk AT⁴. Paul Bockelmann/Klaus Volk, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4.ª ed., 1987
BRRG .... Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Beamtenrechtsrahmengesetz) [Ley marco para la unificación del Derecho funcionarial], conforme a la versión promulgada el 27-2-1985 (BGBl. I, 462)
Bruns, StrafZumR ... Hans-Jürgen Bruns, Strafzumessungsrecht, Allgemeiner Teil, 2.ª ed., 1974
BT .... Besonderer Teil (Parte especial)
BtMG .... Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz) [Ley sobre el tráfico de estupefacientes], de 28-7-1981 (BGBl. I, 681)]
BT-Drucks. .... Drucksachen des Deutschen Bundestages (Boletín del Parlamento Federal)
BVerfG .... Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal)
BVerfGE .... Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Sentencias del Tribunal Constitucional Federal)
Cap. .... Capítulo
CDH .... Convención de 4-11-1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (versión alemana: BGBl 1952 II, 686, 953; versión españ.: BOE 10-10-1979)
cit., cits. .... citado(a), citados(as)
cfr. .... confróntese
col. .... columna
Com. .... Comentario
CP .... Código Penal
CPC .... Cuadernos de Política Criminal
crít. .... críticamente, crítico(a)
DAR .... Deutsches Autorecht (revista)
DAV .... Deutscher Antwaltverein
DGVZ .... Deutsche Gerichtsvollzieherzeitung (revista)
discr. .... discrepante, discrepando

DJ	Deutsche Justiz. Rechtspflege und Rechtspolitik. Amtliches Organ des Reichsministers der Justiz (revista)
DJT	Deutscher Juristentag (Jornadas de los Juristas Alemanes)
doc. dom.	doctrina dominante
doc. mayor.	doctrina mayoritaria
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (revista)
DP	Derecho penal
DR	Deutsches Recht (revista)
Dreher/Tröndle	Eduard Dreher/Herbert Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 44.ª ed. 1988; 45.ª ed. 1991; 46.ª ed. 1993
DRiG	Deutsches Richtergesetz [Ley Judicial Alemana], en la versión promulgada el 19-4-1972 (BGBl. I, 713)]
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (revista)
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift (revista)
DStR	Deutsches Strafrecht (revista)
DStZ	Deutsche Strafrechts-Zeitung (revista)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Boletín alemán de la Administración)
E	Entwurf (Proyecto); Entscheidung (sentencia)
E 1958	Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs, 1958 (Proyecto de la Parte General del Código Penal de 1958)
E 1962	Entwurf eines Strafgesetzbuches 1962 (=BT-Drucks. IV/650); ver: P 1962
ed.	edición, editor, editado
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch [Ley de introducción al Código Penal], de 2-3-1974 (BGBl. I, 469)
Einl.	Einleitung (introducción)
ej., ejs.	ejemplo, ejemplos
e.r.c.	en relación con
Eser, StrafR I^3,II^3	Albin Eser, Juristischer Studienkurs, Strafrecht I, 3.ª ed., 1980; Strafrecht II, 3.ª ed., 1980
Eser/Burkhardt I^4	Albin Eser/Björn Burkhardt, Juristischer Studienkurs, Strafrecht I, 4.ª ed., 1992
españ.	(al) español(a)
espec.	especialmente
et al.	*et alteri* (lat.: y otros)
etc.	etcétera
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht; posteriormente: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (revista)
Frank, StGB	Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11.ª/14.ª ed. 1914; 18.ª ed. 1931
FS	Festschrift, Festgabe (Libro-homenaje)
G	Gesetz (Ley)
GA	Goltdammers Archiv für Strafrecht (revista)
GerS	Der Gerichtssaal (revista)
GeschlKrG	Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten [Ley para la lucha contra enfermedades sexuales], de 23-7-1953 (BGBl. I, 700)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland [Ley Fundamental de la República Federal Alemana], de 23-5-1949 (BGBl., 1)
GjS	Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften [Ley sobre la difusión de escritos peligrosos para la juventud], conforme a la versión de 12-7-1985 (BGBl. I, 1502)
Grundlagenprobleme	Claus Roxin, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973 [en gran parte coincide con: Problemas básicos del Derecho penal, trad. y notas de D.-M. Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976]
GS	Gedächtnisschrift (Libro en memoria)
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt (Bayern; Hessen) [Boletín oficial de leyes y ordenanzas (Baviera; Hessen)]

GVG .... Gerichtsverfassungsgesetz [Ley de organización de Tribunales], en versión promulgada el 9-5-1975 (BGBl. I, 1077)
Haft, AT[5] .... Fritjof Haft, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4.ª ed. 1990; 5.ª ed. 1992
HannRpfl .... Hannoversche Rechtspflege, Verordnungen und Mitteilungen für den OLG-Bezirk Celle
Hassemer, StrafR[2] ... Winfried Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2.ª ed., 1990 [= Fundamentos del Derecho Penal, trad. y notas de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Barcelona, Bosch, 1984]
HeilpraktikerG ...... Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Heilpraktikergesetz) [Ley sobre el ejercicio profesional de la medicina sin titulación (Ley de curanderos)], de 17-2-1939 (RGBl. I, 251)
HESt .... Höchstrichterliche Entscheidungen in Strafsachen. Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Strafsachen (Sentencias de los Tribunales Superiores en materia penal. Colección de sentencias de los Tribunales Superiores de los Länder en materia penal)
HGB .... Handelsgesetzbuch (Código de Comercio) de 10-5-1897 (RGBl., 219)
v. Hippel, StrafR I ... Robert v. Hippel, Deutsches Strafrecht, t. I: Allgemeine Grundlagen, 1925 (reimpr. 1971)
HRR .... Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jurisprudencia de los Tribunales Superiores)
Hruschka, StrafR .... Joachim Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil, 1.ª ed. 1983; 2.ª ed. 1988
HSOG .... Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung [Ley de Hessen sobre la seguridad y orden públicos], de 26-6-1990 (GVBl. I, 197)]
IKV .... Internationale Kriminalistische Vereinigung (Unión Internacional de Derecho Penal)
inc. .... inciso
Intr. .... Introducción
JA .... Juristische Arbeitsblätter (revista)
Jakobs, AT .... Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 1983; 2.ª ed. 1991
JBl .... Juristische Blätter (revista)
Jescheck, AT .... Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3.ª ed. 1978; 4.ª ed. 1988
JGG .... Jugendgerichtsgesetz [Ley de Tribunales de Jóvenes] conforme a la versión promulgada el 11-12-1974 (BGBl. I, 3427)
JGGÄndG .... Erstes Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes [Primera Ley para la modificación de la Ley de Tribunales de Jóvenes], de 30-8-1990 (BGBl. I, 1853)
JK .... Jura-Rechtsprechungskartei, suplemento de la revista Juristische Ausbildung (Jura)
JR .... Juristische Rundschau (revista)
Jura .... Juristische Ausbildung (revista)
jurispr. .... jurisprudencia, jurisprudencial
JuS .... Juristische Schulung (revista)
JW .... Juristische Wochenschrift (revista)
JZ .... Juristenzeitung (revista)
KastrG .... Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden [Ley sobre castración voluntaria y otros métodos de tratamiento], de 15-8-1969 (BGBl. I, 1143)
KG .... Kammergericht (Tribunal de Cámara)
Kienapfel, AT[4] .... Diethelm Kienapfel, Strafrecht Allgemeiner Teil. Mit Einführungen in programmierter Form, 4.ª ed., 1984
KJ .... Kritische Justiz (revista)

KK-StPO[3]-[redactor] .. Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz (mit Einführungsgesetz), ed. por Gerd Pfeiffer, 3.ª ed., 1993

KMR[8]-[redactor] ..... Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungs- und Ordnungswidrigkeitengesetz, fundado por Th. Kleinknecht, H. Müller y L. Reitberger, 7.ª ed. reelaborada por H. Müller, W. Sax y R. Paulus, desde 1981; 8.ª ed. reelaborada por Gerhard Fezer y Rainer Paulus, desde 1990

KO .... Konkursordnung (Ley concursal), en versión promulgada el 20-5-1898 (RGBl., 612)

Kohlrausch/Lange, StGB .... Eduard Kohlrausch/Richard Lange, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 42.ª ed. 1959; 43.ª ed. 1961

Krey, BT/1[9] .... Volker Krey, Strafrecht Besonderer Teil, Studienbuch in systematisch induktiver Darstellung, t. 1: Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte, 7.ª ed. 1989; 8.ª ed. 1991; 9.ª ed. 1994

KrimJ .... Kriminologisches Journal (revista)

KritV .... Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (revista)

KUG .... Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Fotografie (Kunsturherbergesetz) [Ley relativa a los Derechos de autor sobre obras de arte gráfico y fotografía], de 9-1-1907 (RGBl., 7)

KultgSchG .... Gesetz zum Schutz des deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung [Ley para la protección de los bienes culturales alemanes contra la exportación ilegal], de 6-8-1955 (BGBl. I, 501)

Lackner[20] .... Karl Lackner, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 17.ª ed. 1987; 20.ª ed. 1993

lat. .... (del, en) latín

LB .... Lehrbuch (manual, tratado)

LG .... Landgericht (Tribunal del Land)

v. Liszt, StrafR ...... Franz v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2.ª ed. 1884; 4.ª ed. 1891; 21.ª/22.ª ed. 1919

v. Liszt, Tratado ..... Franz v. Liszt, Tratado de DP, t. I-III, trad. de la 18.ª ed. alemana (I) por Q. Saldaña, y de la 20.ª ed. alemana (II-III) por L. Jiménez de Asúa, y adiciones de Q. Saldaña, Madrid, Reus, 1914-17; 2.ª ed. españ. 1926-1929; 3.ª ed. españ.: sin fecha

v. Liszt/Schmidt, StrafR .... Franz v. Liszt/ Eberhard Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25.ª ed. 1927; 26.ª ed. 1932

LK-[redactor] .... Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 6.ª ed. 1944, ed. por J. Nagler; 8.ª ed. 1957/58, ed. por H. Jagusch y E. Mezger; 9.ª ed. 1970-74, ed. por P. Baldus y G. Willms; 10.ª ed. 1978-1989, ed. por H.-H. Jescheck, W. Ruß y G. Willms; 11.ª ed. desde 1992, ed. por B. Jähnke, H. W. Laufhütte y W. Odersky

LM .... Entscheidungen des Bundesgerichtshofes im Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes (Sentencias del BGH en la obra de consulta del BGH), ed. por Lindenmaier, Möhring et al., desde 1951

loc. cit. .... *locus citatus* (lat.: lugar citado)

L./R.[24]-[redactor] ..... Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Großkommentar, 24.ª ed., desde 1984, ed. por Peter Rieß

MatStrRef. .... Materialen zum Strafrechtsreform, 15 tomos, 1954-1962

Maunz/Dürig-[redactor], GG ..... Grundgesetz, 6.ª ed., desde 1976, ed. por Th. Maunz, G. Dürig, R. Herzog, R. Scholz et al.; estado de la obra: 30.ª entrega, 1992

Maurach, AT .... Reinhart Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4.ª ed., 1971

Maurach/Gössel, AT/2^{7}.	Karl Heinz Gössel en: Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, vol. 2, 7.ª ed. 1989
Maurach/Maiwald, BT/2^{7}	Manfred Maiwald en: Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, vol. 2, 7.ª ed. 1991
Maurach/Schroeder, BT/1^{6}	Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schroeder, Strafrecht, Besonderer Teil, vol. 1, 6.ª ed. 1977
Maurach/Schroeder, BT/1^{7}	Friedrich-Christian Schroeder en: Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, vol. 1, 7.ª ed. 1988
Maurach/Schroeder, BT/2^{6}	Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schroeder, Strafrecht, Besonderer Teil, vol. 2, 6.ª ed. 1981
Maurach/Schroeder, BT/2^{7}	Friedrich-Christian Schroeder en: Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, vol. 2, 7.ª ed. 1991
Maurach/Zipf, AT/1^{8} ..	Reinhart Maurach/Heinz Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, vol. 1, 5.ª ed. 1977; 7.ª ed. 1987; 8.ª ed. 1992
Maurach/Zipf, AT/2^{7} ..	Heinz Zipf en: Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, vol. 2, 7.ª ed. 1989
H. Mayer, LB AT	Hellmuth Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953
H. Mayer, StuB AT ...	Hellmuth Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1967
M. E. Mayer, AT	Max Ernst Mayer, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915; 2.ª ed. 1923 (no modificada)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (revista)
MDR (D)	Monatsschrift für Deutsches Recht, en Dallinger
MDR (H)	Monatsschrift für Deutsches Recht, en Holtz
MedKlin	Medizinische Klinik, Wochenschrift für Klinik und Praxis (revista)
MedR	Medizinrecht (revista)
Merkel, StrafR	Adolf Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889
Mezger, StrafR	Edmund Mezger, Strafrecht, 2.ª ed. 1932; 3.ª ed. 1949 (no modificada, con una Introducción de puesta al día)
Mezger, Tratado I-II ..	Edmund Mezger, Tratado de Derecho Penal (trad. y notas de Derecho españ. a la 2.ª ed. alem. por J. A. Rodríguez Muñoz), Madrid, Ed. Rev. D.º Privado, 2.ª ed., 1946; 3.ª ed. (con adiciones de A. Quintano Ripollés), 1957
MRK	Konvention vom 4.11.1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (BGBl 1952 II, 686, 953); ver: CDH
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (revista)
n., nn.	nota, notas
N. del T.	Nota del Traductor
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege (revista)
NiedStrKomm	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission (Actas de las sesiones de la Gran Comisión de Derecho Penal), t. 1, 1956; t. 2-6, 1958; t. 7-12, 1959; t. 13 y 14, 1960
NJ	Neue Justiz (revista)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (revista)
NK	Neue Kriminalpolitik (revista)
nm.	número(s) marginal(es)
n.º	número(s)
NStE	Neue Entscheidunssammlung für Strafrecht (Nueva colección de Sentencias de Derecho Penal), ed. por Rebmann/Dahs/Miebach, desde 1987
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (revista)

NVwZ .... Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (revista)
NZV .... Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (revista)
NZWehrR .... Neue Zeitschrift für Wehrrecht (revista)
OGHSt .... Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen (Sentencias del Tribunal Supremo para la zona británica en materia penal)
ÖJZ .... Österreichische Juristen-Zeitung (revista)
op. dom. .... opinión dominante
op. mayor. .... opinión mayoritaria
ÖRiZ .... Österreichische Richterzeitung (revista)
ÖstZStr .... Österreichische Zeitschrift für Strafrecht (revista)
OLG .... Oberlandesgericht (Tribunal Superior de un Land)
OLGSt .... Entscheidungen der Oberlandesgerichte zum Straf- und Strafverfahrensrecht (Sentencias de los Tribunales Superiores de los Länder en Derecho penal y Derecho procesal penal)
Otto, AT[4] .... Harro Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 3.ª ed. 1988; 4.ª ed. 1992
Otto, BT[3] .... Harro Otto, Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte, 3.ª ed. 1991
OWiG .... Gesetz über Ordnungswidrigkeiten [Ley sobre contravenciones], en versión promulgada el 19-2-1987 (BGBl. I, 602)
P .... Proyecto
p., pp. .... página, páginas
P 1958 .... Proyecto de Parte General de Código Penal, 1958; ver: E 1958
P 1962 .... Proyecto de Código Penal 1962 (= BT-Drucks. IV/650); ver: E 1962
PA .... Proyecto Alternativo de Código Penal, Parte General, 1966 (2.ª ed. 1969); ver: AE
PA PE (Personas I) ... Proyecto Alternativo de Código Penal, Parte Especial, Delitos contra la persona, vol. 1.º, 1970; ver: AE BT (Person I)
PA PE (Delitos sexuales) .... Proyecto Alternativo de Código Penal, Parte Especial, Delitos sexuales - Delitos contra el matrimonio, familia y estado civil - Delitos contra la paz religiosa y de los difuntos, 1968; ver: AE BT (Sexualdelikte)
párr. .... párrafo(s)
PE .... Parte especial
p.ej. .... por ejemplo
PG .... Parte general
POLGNW .... Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (Ley de policía del Land Renania del Norte-Westfalia), en la versión promulgada el 24-2-1990
Preisendanz[30] .... Holger Preisendanz, Strafgesetzbuch, 30.ª ed., 1978
Problemas básicos ... Claus Roxin, Problemas básicos del Derecho penal, trad. y notas de D.-M. Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976
ProtSondBT .... Protokolle des Sonderausschusses des Deutschen Bundestages für die Strafrechtsrefom [Protocolos de la Comisión especial del Parlamento Federal para la reforma del Derecho penal], cit. por legislatura (hasta la VI legislatura en números romanos, desde la 7.ª legislat. en números árabes) y página
RDA .... República Democrática Alemana
recens. .... recensión, reseña
reimpr. .... reimpresión
RG .... Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich)
RGBl .... Reichsgesetzblatt (Boletín oficial del Reich)
RGRspr .... Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen (Jurisprudencia del Reichsgericht alemán en materia penal)
RGSt .... Entscheidungen des Reichsgericht in Strafsachen (Sentencias del Reichsgericht en materia penal)
ROW .... Recht in Ost und West. Zeitschrift für Rechtsvergleichung und interzonale Rechtsprobleme (revista)

Roxin, ESJ, AT² ..... Claus Roxin, Entscheidungssammlung für junge Juristen (= ESJ), Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.ª ed., 1984

Roxin, Täterschaft ... Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 1963; 2.ª ed. 1967; 3.ª ed. 1975; 5.ª ed. 1989

Roxin/Schünemann/Haffke, Klausurenlehre . Claus Roxin, Bernd Schünemann y Bernhard Haffke, Strafrechtliche Klausurenlehre mit Fallrepetitorium, 4.ª ed., 1982

R & P .... Recht und Psychiatrie (revista)

s., ss. .... siguiente, siguientes

Samson, StrafR I⁷ ... Erich Samson, Strafrecht I, 7.ª ed., 1988

s. f. .... sin fecha

Schaffstein/Beulke, JugendstrafR ...... Friedrich Schaffstein/Werner Beulke, Jugendstrafrecht, 10.ª ed. 1991; 11.ª ed. 1993

SchlHA .... Schleswig-Holsteinische Anzeigen (revista)

Schmidhäuser, LB AT. Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 1.ª ed. 1970; 2.ª ed. 1975

Schmidhäuser, StuB AT² .... Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2.ª ed. 1984

Schmidhäuser, StuB BT² .... Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht, Besonderer Teil, Grundriß, 2.ª ed. 1983

Sch/Schröder .... Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 17.ª ed., 1974

Sch/Sch/[redactor] ... Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 21.ª ed. 1982, 23.ª ed. 1988, y 24.ª ed. 1991, de la obra fundada por Adolf Schönke, durante un período intermedio proseguida por Horst Schröder, y reelaborada por Theodor Lenckner, Peter Cramer, Albin Eser y Walter Stree

SchwJZ .... Schweizerische Juristenzeitung (revista)

SchwZStr .... Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (revista)

scil. .... *scilicet* (lat.: es decir, se refiere a)

SeemannsG .... Seemansgesetz [Ley del marino], de 26-7-1957 (BGBl. II, 713)

sent. .... sentencia

sic. .... *sicut* (lat.: así, textualmente)

SJZ .... Süddeutsche Juristen-Zeitung (revista)

SK-[redactor]........ Hans-Joachim Rudolphi, Eckhard Horn, Erich Samson y (hasta la 2.ª ed.,) Hans-Ludwig Schreiber, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, t. I, Allgemeiner Teil (§§ 1-79 b), 2.ª ed. 1977; 4.ª ed. desde 1983; 5.ª ed. desde 1987; 6.ª ed. desde 1992; t. II, Besonderer Teil (§§ 80-358); 3.ª ed. desde 1982; 4.ª ed. desde 1988

SoldG .... Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten [Ley sobre el estatuto jurídico del soldado], según la versión 19-8-1975 (BGBl. I, 2273)

StGB .... Strafgesetzbuch (Código Penal), según la versión promulgada el 10-3-1987 (BGBl. I, 945)

StGB/DDR .... Strafgesetzbuch der DDR [Código Penal de la RDA], según la versión promulgada el 14-12-1988 (GBl. I 1989, 33)

StPO .... Strafprozeßordnung (Ordenanza Procesal Penal), según la versión de 7-4-1987 (BGBl. I, 1074)

StrafR.............. Strafrecht (Derecho Penal)

Str. Abh. .... Strafrechtliche Abhandlungen (serie: "Monografías de Derecho Penal")

StrÄG .... Strafrechtsänderungsgesetz (Ley de modificación del Derecho penal)

Stratenwerth, AT .... Günter Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 2.ª ed. 1976; 3.ª ed. 1981

StrRG .... Gesetz zur Reform des Strafrechts (Ley de reforma del Derecho Penal): 1.ª StrRG, de 25-6-1969 (BGBl. I, 645); 2.ª StrRG, de 4-7-1969 (BGBl.

	I, 717); 3.ª StrRG, de 20-5-1970 (BGBl. I, 505); 4.ª StrRG, de 23-11-1973 (BGBl. I, 1725); 5.ª StrRG, de 18-6-1974 (BGBl. I, 1297)
StrV	Strafverteidiger (revista)
StuB	Studienbuch (compendio, curso)
StVG	Straßenverkehrsgesetz (Ley del tráfico viario), de 19-12-1952 (BGBl. I, 837)
StVO	Straßenverkehrsordnung (Ordenanza del tráfico viario), de 16-11-1970 (BGBl. I, 1565)
StVollzG	Gesetz über den Vollzug der Freiheitstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung (Strafvollzugsgesetz) [Ley sobre la ejecución de la pena de prisión y de las medidas de corrección y seguridad privativas de libertad (Ley Penitenciaria)], de 16-3-1976 (BGBl. I, 581)
StVollzÄndG	Gesetz zur Änderung des Strafvollzugsgesetzes (Ley de modificación de la Ley Penitenciaria), de 20-12-1984 (BGBl. I, 1654)
StVZO	Straßenverkehrszulassungsordnung [Ordenanza de admisión de vehículos al tráfico viario], en versión promulgada el 28-9-1988 (BGBl. I, 1793)
t.	tomo(s)
tb.	también
tes. doct.	tesis doctoral
TierSchG	Tierschutzgesetz (Ley de protección de animales), según la versión promulgada el 17-2-1993 (BGBl. I, 254)
trad.	traducción, traducido, traductor
UIDP	Unión Internacional de Derecho Penal; ver: IKV
UPR	Umwelt- und Planungsrecht (revista)
UZwG	Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes [Ley sobre el empleo directo de la fuerza en el ejercicio del poder público por los funcionarios ejecutivos de la Federación], de 10-3-1961 (BGBl. I, 165)
v. a.	(de la) versión antigua
VDA	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, t. I-VI, 1908
VersG	Gesetz über Versammlungen und Aufzüge (Versammlungsgesetz) [Ley sobre reuniones y manifestaciones (Ley de reunión)], según la versión promulgada el 15-11-1978 (BGBl. I, 1790)
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung (revista)
VerwArch	Verwaltungsarchiv, Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik (revista)
v.gr.	*verbi gratia*
vid.	*videtur* (lat.: véase)
v. n.	(de la) versión nueva
VO	Verordnung (ordenanza)
vol.	volumen
VOR	Zeitschrift für Verkehrs- und Ordnungswidrigkeitenrecht (revista)
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung (revista)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer (Publicaciones de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho Político)
WaffG	Waffengesetz (Ley de armas), según la versión promulgada el 8-3-1976 (BGBl. I, 432)
WDO	Wehrdisziplinarordnung (Ordenanza de disciplina militar), según la versión promulgada el 4-9-1972 (BGBl. I, 1665)
Welzel, StrafR	Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 1.ª ed. 1947; 2.ª ed. 1949; 11.ª ed. 1969

Welzel, PG	Hans Welzel, Derecho Penal alemán, PG, 12.ª ed. (sic.), 3.ª ed. castellana, trad. de J. Bustos y S. Yáñez, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1987
Wessels, AT[23]	Johannes Wessels, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 20.ª ed. 1990; 23.ª ed. 1993
WiKG	Gesetz zur Bekämpfung der Wirschaftskriminalität (Ley para la lucha contra la criminalidad económica): 1.ª WiKG, de 29-7-1976 (BGBl. I, 2034); 2.ª WiKG, de 15-5-1986 (BGBl. I, 721)
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht (revista)
WK-[redactor]	Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, ed. por E. Foregger y F. Nowakowski, desde 1977
WRV	Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919 (sog. "Weimarer Reichsverfassung") [Constitución del Reich alemán de 11-8-1919 (denominada "Constitución del Reich de Weimar")], RGBl., 1383
WStG	Wehrstrafgesetz (Ley penal militar), de 24-5-1974 (BGBl. I, 1213)
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (revista)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (revista)
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht (revista)
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung (revista)
ZivildienstG	Gesetz über den Zivildienst der Kriegsdienstverweigerer (Zivildienstgesetz) [Ley sobre el servicio civil de los objetores al servicio militar (Ley del servicio civil)], según versión promulgada el 31-7-1986 (BGBl. I, 1205)
ZPO	Zivilprozeßordnung (Ordenanza Procesal Civil), en versión de 12-9-1950 (BGBl. I, 533)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (revista)
ZSchwR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (revista)
ZStaatsW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (revista)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (revista)
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht (revista, Austria)

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

TOMO I

FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA
DE LA TEORIA DEL DELITO

SECCION 1.ª

FUNDAMENTOS

§ 1. El Derecho penal en sentido formal. Definición y delimitación

I. La sanción (pena y medida) como criterio formal de definición del Derecho penal y la doble vía del sistema de sanciones

El Derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que 1
regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección. Entre sus presupuestos se cuentan ante todo las descripciones de conductas delictivas, como el homicidio (§§ 211 ss. *), las lesiones (§§ 223 ss.), el hurto (§§ 242 ss.), etc., pero también p.ej. las disposiciones sobre error (§ 16 s.), capacidad de culpabilidad (§§ 19 ss.), legítima defensa (§ 32), etc., de las que se deduce en concreto cuándo acarrea sanciones penales una conducta que coincide con una descripción delictiva. Entre las consecuencias se cuentan todos los preceptos sobre sanciones de los §§ 38-76 a, que se ocupan de la determinación o configuración de la pena o de la imposición y cumplimiento de medidas de seguridad.

Pena y medida son por tanto el punto de referencia común a todos los 2
preceptos jurídicopenales, lo que significa que el Derecho penal en sentido formal es definido por sus sanciones. Si un precepto pertenece al Derecho penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones —pues eso lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos—, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad.

El StGB cuenta con dos **penas principales,** la pena privativa de libertad (prisión) y la de multa, cuya configuración se describe en detalles en los §§ 38-43, y con dos **penas accesorias,** la pena de privación del patrimonio (§ 43 a) y la de privación del derecho de conducir (§ 44). La diferencia entre pena principal y accesoria consiste en que las penas principales pueden imponerse en su caso por sí solas, mientras que las penas accesorias sólo se pueden imponer junto con la condena a una pena principal; por consiguiente, nadie que haya cometido un delito de circulación puede ser castigado sólo con privación del derecho de conducir, sino que la imposición de dicha pri-

* Los parágrafos (§§) sin indicación de ley corresponden al StGB. Los párrafos o apartados se identifican por números romanos, y los núms. o incisos por números árabes.

vación de ese derecho va unida a que simultáneamente se le condene a una pena privativa de libertad o de multa. Por otra parte, mientras que el StGB sólo prevé dos penas principales, a las que en Derecho penal militar hay que añadir el arresto penal (§ 9 WStG), el § 61 enumera seis medidas de seguridad y corrección, cuyo contenido se regula detalladamente en los preceptos de los §§ 62-72.

3 Para comprender el moderno Derecho penal es decisiva la diferencia entre sus dos consecuencias jurídicas, que, prescindiendo por el momento de todas las cuestiones polémicas sobre la función de penas y medidas (vid. sobre ello *infra* § 3) y formulándola del modo más conciso, consiste en lo siguiente: toda pena presupone culpabilidad del sujeto cuando cometió un hecho en el pasado, y en cambio toda medida de seguridad presupone una continuada peligrosidad del sujeto para el futuro. Así se dice en el § 46 I 1: "La culpabilidad del sujeto es la base de la medición de la pena". Por tanto, si falta la culpabilidad, p.ej. por trastornos mentales (§ 20) o por un error de prohibición invencible (§ 17), está excluida la punición del sujeto. En cambio, aunque falte la culpabilidad, es perfectamente posible imponer una medida de seguridad si el sujeto como consecuencia de su estado "es peligroso para la colectividad" (§ 63 I). P.ej., un asesino enfermo mental no puede ser castigado al faltar la culpabilidad y por ello debe ser absuelto de la acusación de haber cometido un delito de homicidio punible; en su lugar se le puede imponer bajo los presupuestos del § 63 la medida de seguridad de "internamiento en un hospital psiquiátrico". Ahora bien, pena y medida de seguridad no necesariamente guardan entre sí una relación de alternatividad, sino que frecuentemente se aplican también conjuntamente. Así si en la comisión de un delito de tráfico culpable se deduce de las circunstancias que el autor "no es apto para conducir vehículos" (§ 69 I 1), junto a la condena a una pena de prisión o de multa se le impondrá la medida de seguridad de privación del permiso de conducir (¡que no debe confundirse con la mencionada pena accesoria de la prohibición de conducir!). Por tanto, es cierto que la culpabilidad no es condición de una medida, pero tampoco la impide. Más bien sucede que la culpabilidad como presupuesto de la pena y la peligrosidad como presupuesto de la medida se encuentran entre sí en relación de dos círculos secantes, por lo que pena y medida pueden presentarse respectivamente como consecuencia jurídica por sí sola, pero también conjuntamente.

4 De lo anterior se desprende que la denominación generalmente acuñada de "Derecho penal" realmente es incorrecta. Más exactamente debería llamarse: "Derecho penal y de medidas". Pero la restrictiva denominación "Derecho penal", que por razones de sencillez también se va a seguir aquí, históricamente se explica por el hecho de que las medidas no se introdujeron en el antiguo StGB de 1871 hasta un momento relativamente tardío, concretamente por Ley de 24-11-1933; por tanto la pena había sido antes la única sanción

de la la ley. Desde la introducción de las medidas se habla en Derecho alemán de un "sistema de la doble vía" [1], por contraposición a los sistemas de única vía o monistas, que o bien sólo conocen penas o sólo medidas (cfr. § 3, nm. 62). Políticocriminalmente las medidas se basan en que la pena debido a su vinculación a la culpabilidad sólo puede cumplir insuficientemente la misión de protección de la sociedad. El sujeto no culpable pero peligroso no puede ser castigado, pero no obstante en interés de la población —y concretamente mediante la imposición de una medida— se le puede impedir que cometa otros hechos punibles. En caso de escasa culpabilidad es cierto que sigue siendo posible una pena (según el § 46, correlativamente poco grave), pero frecuentemente la misma no basta para la defensa frente a los peligros procedentes del autor; y entonces hay que prevenirlos mediante una medida prevista en la ley. Por consiguiente, las medidas coinciden con una ineludible necesidad social; por ello, pese a su introducción en el año 1933 no se basan en el patrimonio ideológico nacionalsocialista, sino en trabajos previos de las décadas anteriores y han sido también mantenidas y desarrolladas en la reforma del Derecho penal. La mayoría de los Códigos Penales modernos se basan hoy en el principio de la doble vía.

II. El Derecho penal como Derecho público. Medidas disciplinarias, multas y sanciones administrativas como sanciones no penales

Dado que el Derecho penal, a diferencia del Derecho civil, no se basa en el 5
principio de equiparación, sino en el de subordinación del individuo al poder del Estado (que se le enfrenta ordenándole mediante la norma penal), es parte integrante del Derecho público. Si no obstante por lo general se divide la materia jurídica en los tres grandes campos del Derecho civil, el Derecho público y el Derecho penal, con ello se desmembra e independiza el Derecho penal del Derecho público en sentido estricto por razones tradicionales y por su especial significación; pero ello no cambia para nada su pertenencia sistemática al Derecho público en sentido amplio.

No pertenecen al Derecho penal, sino al Derecho público en sentido estricto, 6
aquellos preceptos que conminan la conducta antinormativa con otras sanciones distintas de las del Derecho criminal. Así el Derecho disciplinario de diversos *status* profesionales (p.ej. de los funcionarios) no es Derecho penal, porque el castigo disciplinario de infracciones no es una pena en el sentido

[1] La doble vía se remonta al penalista suizo Carl Stooss (1849-1934), que la había promovido (desde 1893) en sus Proyectos (suizos) de CP (sobre Stooss, para más detalles Kaenel, Die Kriminalpolitische Konzeption von Carl Stooss im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung von Kriminalpolitik und Strafrechtstheorien, 1981). En Alemania su primer paladín fue especialmente el gran político criminal Franz v. Liszt (cfr. sobre él § 3, nm. 12).

de los §§ 38 ss. StGB. Igualmente el Derecho de las contravenciones regulado en la OWiG, cuyas disposiciones en parte son similares o iguales a las del Derecho penal, tampoco es Derecho penal, ya que sus tipos sólo permiten "el castigo con una multa administrativa" (§ 1 I OWiG). Y p.ej. las sanciones que se imponen por desobediencia o conducta indebida ante un tribunal, tampoco son penas en el sentido del Derecho criminal, aunque consistan en privación de libertad o en pagos dinerarios. Por eso el legislador, respecto de esas que antes se denominaban "penas de orden", para evitar malentendidos hoy habla tan sólo de "medios de orden" ("arresto de orden" y "multa de orden"; cfr. los §§ 177 y 178 GVG). De modo absolutamente general el legislador está obligado a utilizar los conceptos de pena de privación de libertad, de arresto, de orden y de multa sólo para sancionar delitos (art. 5 EGStGB).

III. Derecho penal accesorio

7 Por otra parte, el ámbito del Derecho penal va mucho más allá del StGB. Existe un número extraordinariamente grande de leyes de todos los campos del ordenamiento jurídico, que sancionan con pena la vulneración de determinados preceptos contenidos en ellas. A la suma de los preceptos penales contenidos fuera del Código Penal en leyes especiales se la denomina "Derecho penal accesorio" [2]. Por lo general no es objeto de clases especiales en la Universidad; pero la Parte general del Derecho penal, que se trata en este libro, rige para el Derecho penal accesorio exactamente igual que para las descripciones delictivas de la Parte especial del StGB (cfr. art. 1 EGStGB).

IV. El Derecho penal material como parte de la ciencia global del Derecho penal; sus diversas disciplinas

8 El Derecho penal trata las conductas conminadas con pena en cuanto a sus presupuestos y consecuencias; se ocupa por tanto del objeto propiamente dicho, de la "materia" de la Justicia penal y se denomina por ello también "Derecho penal material". Este Derecho penal material debe delimitarse de otros campos jurídicos emparentados que sólo junto con el Derecho penal regulan legalmente todo el campo de la Justicia penal y que hacen del hecho, el autor y la persecución penal el objeto de los esfuerzos legislativos y científicos. Los más importantes de esos campos jurídicos vecinos son el Derecho procesal penal, el Derecho de la medición de la pena, el Derecho penitenciario, el Derecho penal juvenil y la criminología.

---

[2] El Derecho penal accesorio está recopilado en los Comentarios de Erbs/Kolhaas, Strafrechliche Nebengesetze, 5.ª ed., 1993 (edición en fascículos intercambiables con entregas complementarias regulares).

1. El **Derecho procesal penal** contiene los preceptos que regulan el esclarecimiento de los hechos punibles y la imposición del derecho del Estado a castigar. Su principal base jurídica la forman en Derecho alemán la Ordenanza Procesal Penal (StPO) de 1-2-1877 y la Ley Orgánica de los Tribunales (GVG) de 27-1-1877. 9

Bibliografía: Alternativkommentar zur Strafprozeßordnung (22 redactores), desde 1988; Baumann, Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrechts, [3]1979; Beulke, Strafprozeßrecht, 1994; Eser, Einführung in das Strafprozeßrecht, 1983; Fezer, Strafprozeßrecht I y II, Juristischer Studienkurs, 1986; Frank, Strafprozeßrecht, 1986; Gössel, Strafverfahrensrecht, t. I, 1977; t. II, 1979; Henkel, Strafverfahrensrecht, [2]1968; Karlsruher Kommentar, Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, [3]1993; Katholnigg, Strafgerichtsverfassungsrecht, 1990, suplemento 1991; Kissel, Gerichtsverfassungsgesetz, [2]1994; Kleinknecht/Meyer-Goßnert, Strafprozeßordnung, [41]1993; Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 1984; Krey, Strafverfahrensrecht, t. 1, 1988; t. 2, 1990; Kühne, Strafprozeßlehre, [4]1993; Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Großkommentar, 24.ª ed., desde 1984; Meurer, Strafprozeßrecht, [3]1991; Müller/Sax/Paulus, Kommentar zur Strafprozeßordnung (= KMR), 8.ª ed., desde 1986; Müller-Dietz/Jung (eds.), Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens, 1989; Peters, Strafprozeß, [4]1985; Pfeiffer, Grundzüge des Strafverfahrensrechts, [2]1993 (= separata de la Einleitung del Karlsruher Kommentar, [3]1993); Roxin, Strafverfahrensrecht, [23]1993; idem, Prüfe dein Wissen: Strafprozeßrecht, [14]1994; Rüping, Das Strafverfahren, [2]1983; G. Schäfer, Die Praxis des Strafverfahrens an Hand einer Akte, [5]1992; Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, 1990; Schlüchter, Das Strafverfahren, [2]1983; Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Parte I, [2]1964; Parte II, 1957; Nachträge und Ergänzungen a la Parte II, 1967; Nachtragsband II a la Parte II, 1970; Parte III, 1960; Schroeder, Strafprozeßrecht, 1933; Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, de Rudolphi/Frisch/Rogall/Schlüter/Wolter, desde 1986; Weiland, Einführung in die Praxis des Strafverfahrens, 1988; Wieczoreck, Strafverfahrensrecht, [7]1991; Wolf, Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige, [6]1987; Zipf, Strafprozeßrecht, [2]1976.

2. El **Derecho de medición (o determinación) de la pena** comprende en cambio todas las reglas que son decisorias en cuanto a la clase y cuantía de la pena que se debe imponer. En las últimas décadas se ha desarrollado científicamente hasta convertirse en una disciplina jurídica en buena medida autónoma, pero sistemáticamente pertenece al Derecho penal material, puesto que determina con más precisión las consecuencias de la conducta punible. Por ello los preceptos legales sobre la medición de la pena están contenidos con razón en el StGB (§§ 46-51). Debido a la pertenencia sistemática del Derecho de medición o determinación de la pena al Derecho penal material se tratará también en sus rasgos esenciales en esta exposición (en el tomo II). 10

Bibliografía: Bruns, Strafzumessungsrecht, Gesamtdarstellung, [2]1974; idem, Das Recht der Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für die Praxis, [2]1985; idem, Neues Strafzumessungsrecht?, 1988; Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 349, 751; Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983; Montenbruck, Strafrahmen und Strafzumessung, 1983; G. Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 1990; Streng, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, 1984.

3. El **Derecho penitenciario** se añade al hecho punible, el proceso penal y la determinación de la pena y contiene todas las disposiciones legales sobre el cumplimiento de la pena de prisión, así como de las medidas privativas de 11

libertad. A través de la Ley Penitenciaria (StVollzG) de 16-3-1976 se ha producido por primera vez su regulación legal.

Bibliografía: Böhm, Strafvollzug, ²1986; Callies/Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, ⁶1994; Driebold (ed.), Strafvollzug. Erfahrungen, Modelle, Alternativen, 1983; Eisenberg, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug. Fälle und Lösungen zu Grundproblemen. ⁴1994; Eisenhardt, Strafvollzug, 1978; Jung, Fälle zum Wahlfach Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, ²1988; Kaiser/Kerner/Schöch, Strafvollzug, ⁴1991; Kaiser/Schöch, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, Juristischer Studienkurs, ³1987; Müller-Dietz/Kaiser/Kerner, Einführung und Fälle zum Strafvollzug, 1985; Schwind/Blau, Strafvollzug in der Praxis, ²1988; Schwind/Böhm (eds.), Strafvollzugsgesetz, ²1991; Solbach/Hofmann, Einführung in das Strafvollzugsrecht, 1982; Walter, Strafvollzug, 1991; Wassermann (ed.), AK-Strafvollzugsgesetz, ³1990.

12 4. No por el ámbito de las normas tratadas, sino por la especial clase del autor, el **Derecho penal juvenil** se convierte en un campo del Derecho propio. Trata los delitos de los jóvenes (de 14 a 18 años) y sus consecuencias (sólo parcialmente penales). Su regulación se encuentra en la Ley de Tribunales de Jóvenes (JGG) de 4-8-1953; y contiene preceptos especiales de Derecho material, procesal, de medición de la pena y penitenciario para jóvenes menores (en parte también para jóvenes mayores de edad entre 18 y 21 años), y por tanto, a efectos de sistemática jurídica debe encuadrarse parcialmente en todas las disciplinas antes indicadas.

Bibliografía: Albrecht, Jugendstrafrecht, ²1993; Böhm, Einführung in das Jugendstrafrecht, ²1985; Brunner, Jugendgerichtsgesetz, ⁹1991; Dallinger/Lackner, Jugendgerichtsgesetz, ²1965; Eisenberg, Jugendgerichtsgesetz, ⁵1993; idem, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug. Fälle und Lösungen zu Grundproblemen, ³1991; Herz, Jugendstrafrecht, ²1987; Jung, Fälle zum Wahlfach Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, ²1988; Kaiser/Schöch, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug. Juristischer Studienkurs, ³1987; Ostendorf, Jugendgerichtsgesetz, ²1991; Schaffstein/Beulke, Jugendstrafrecht, ¹¹1993.

13 5. Mientras que los cinco campos indicados hasta ahora (Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho de medición de la pena, Derecho penitenciario y Derecho penal juvenil) son ciencias normativas, es decir que se ocupan de reglas jurídicas y su aplicación, frente a ellas se encuentra la **criminología** como ciencia de la realidad. La misma, si se toma como base su definición más amplia [3], es "la ordenada totalidad del saber empírico sobre el delito, los delincuentes, la reacción social negativa y el control de esa conducta". Científicamente representa el lado empírico de todas las disciplinas jurídicas antes citadas.

Bibliografía: Eisenberg, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug. Fälle und Lösungen zu Grundproblemen, ³1991; idem, Kriminologie, ³1990; Göppinger, Kriminologie, ⁴1980; Herren, Lehrbuch der Kriminologie, t. I, ²1980; t. III: Denktraining in Kriminalistik und Kriminologie, Fallanalysen, 1982; Jung, Fälle zum Wahlfach Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, ²1988; Kaiser, Kriminologie. Ein Lehrbuch, ²1988; idem, Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen, ⁸1989; Kaiser/Schöch, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug. Juristischer Studienkurs, ³1987; H. Kaufmann, Kriminologie, t. I, 1971; t. III, 1977; Lüderssen, Kriminologie, 1984; Robert, Strafe, Strafrecht, Kriminologie, 1990; Schneider,

---

[3] Kaiser, Kriminologie. Ein Lehrbuch, ²1988, § 1, nm. 2.

Kriminologie, [3]1993; Schwind, Kriminologie in der Praxis, 1986; idem, Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen, [5]1993.

Si al Derecho penal material se le añaden los campos jurídicos expuestos en los nm. 9-13, se puede denominar la suma de sus contenidos como la "ciencia global del Derecho penal" [4]. Dentro del campo de esa ciencia global del Derecho penal el Derecho penal material sólo constituye un fragmento limitado. Por ello hay que ser consciente de que para la comprensión científica de la Justicia penal no basta en absoluto el conocimiento del Derecho penal material. El Derecho penal sólo dice qué conducta está prohibida como criminal y con qué penas o medidas se la conmina. Pero este conocimiento le aprovechará poco a quien no sepa si y con qué requisitos se puede llevar a cabo una pretensión penal estatal, o según qué puntos de vista debe determinarse una eventual pena, cómo debe cumplirse, en dónde radican las causas reales de la criminalidad y cómo se puede reconducir lo más posible al delincuente al camino de la legalidad. Además, las soluciones de problemas jurídicos en un campo (p.ej. en el Derecho penal material) pueden depender de los conocimientos obtenidos en otro campo (v.gr. de datos procesales o de perspectivas criminológicas), cuestión en la que habrá que entrar repetidamente en el curso de esta exposición. Un Derecho penal moderno no es imaginable sin una constante y estrecha colaboración de todas las disciplinas parciales de la "ciencia global del Derecho penal". Sin embargo, ciertamente el Derecho penal material es en cierto modo la ciencia base de todo ese campo jurídico; pues la punibilidad de una conducta, que debe determinarse según sus reglas, es —y ello vale en lo sustancial también para el campo del objeto de la criminología, concebido por la mayoría de los autores de modo algo más amplio (cfr. nm. 13)— el presupuesto para que las demás ciencias al servicio de la Justicia penal puedan siquiera ocuparse del caso. 14

V. La Parte general del Derecho penal material

La "Parte general" del Derecho penal, que constituye el objeto de este libro, es nuevamente sólo un campo parcial del Derecho penal material. Está regulada en el StGB en los §§ 1-79 b, mientras que los §§ 80-358 contienen la "Parte especial". La división de la materia, que nos marca el StGB, está configurada de tal manera que la "Parte especial" proporciona las concretas descripciones de los delitos e indica la pena prevista para cada delito [5]. Por tanto, quien quiera informarse sobre el homicidio (§ 212), lesiones (§§ 223 ss.), hurto 15

[4] Por ello la mayor revista especializada de Derecho penal (fundada en 1881 por Franz v. Liszt y Adolf Dochow) lleva el título de "Revista de la Ciencia global del Derecho penal": "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" (= ZStW).

[5] Sobre la relación de la Parte general respecto de la Parte especial cfr. además § 7, nm. 2.

(§ 242), estafa (§ 263), etc., deberá consultar siempre en la Parte especial. En cambio, la "Parte general" comprende las disposiciones, válidas para todos los delitos, sobre los presupuestos y consecuencias de la conducta punible. En ella se tratan por tanto, por una parte, instituciones jurídicas como la legítima defensa (§ 32), el error (§§ 16 y 17), la tentativa (§§ 22 ss.), autoría y participación (§§ 25 ss.), capacidad de culpabilidad (§§ 19-21), etc.; y por otra parte se regulan en la Parte general también las consecuencias jurídicas del hecho, es decir, sobre todo las diversas penas (§§ 38 ss.) y medidas de seguridad (§§ 61 ss.) en particular. Así pues, la Parte general del StGB es un producto de la abstracción; contiene todo lo que de los presupuestos y consecuencias de la actuación punible se puede extraer y anteponer a los delitos concretos descritos en la Parte especial *. Por ello se explica el carácter básico de este campo material, con el que concuerda que también las cuestiones centrales de la teoría del Derecho penal, como las teorías de la función del Derecho penal y del fin de la pena, tradicionalmente —y aquí también— se discutan en el marco de la Parte general.

* Literalmente el texto habla de todo lo que de los presupuestos y consecuencias de la actuación punible se puede traer "antes del paréntesis" *("vor die Klammer")* de los delitos concretos descritos en la Parte especial; sobre el significado de esta expresión utilizada en matemáticas cfr. *infra* nota * al § 10, nm. 14 [N. del T.].

§ 2. El concepto material de delito. La pena como protección subsidiaria de bienes jurídicos y su delimitación de sanciones similares a las penales

Bibliografía: Birnbaum, Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens etc., Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, t. 15 (1834), 149; v. Liszt, Der Begriff des Rechtsguts im Strafrecht und in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, ZStW 8 (1888), 133; Oetker, Rechtsgüterschutz und Strafe, ZStW 17 (1897), 493; Hirschberg, Die Schutzobjekte des Verbrechens, Str. Abh. 113, 1910; Honig, Die Einwilligung des Verletzten, 1919; Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Traeger-FS, 1926, 187; Grünhut, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Frank-FS, t. I, 1930, 1; Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930; Schaffstein, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, en: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, 108; Schaffstein, Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?, DStR 1935, 97; Gallas, Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, Gleispach-FS, 1936, 50; Klee, Das Verbrechen als Rechtsguts- und Pflichtverletzung, DStR 1936, 1; Schaffstein, Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma, DStR 1937, 335; Schwinge/Zimmerl, Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken, 1937; Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, 1957; Bettiol, Das Problem des Rechtsguts in der Gegenwart, ZStW 72 (1960), 276; Jescheck, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffes in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW 73 (1961), 179; Bockelmann, Recens. de Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten (1957), ZStW 74 (1962), 311; Sina, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut", 1962; Michels, Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung, 1963; Gallas, Gründe und Grenzen der Strafbarkeit, 1965; Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377 (= Grundlagenprobleme, 1) [= Problemas básicos, 1976, 11]; Bockelmann, Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie, Radbruch-GS, 1968, 252; Gallas, Gründe und Grenzen der Strafbarkeit, en: Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 1; Noll, Begriff und Funktion der guten Sitten im Strafrecht, OLG Zweibrücken-FS, 1969, 206; Zipf, Kriminologischer und strafrechtlicher Verbrechensbegriff, MDR 1969, 889; Rudolphi, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, Honig-FS, 1970, 151; Otto, Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand, en: Müller-Dietz (ed.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, 1; Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; Amelung, Recens. de Marx, Zur Definition des Begriffes "Rechtsgut" (1972), ZStW 84 (1972), 1015; Cramer, Ahndungsbedürfnis und staatlicher Sanktionsanspruch, Maurach-FS, 1972, 487; Maiwald, Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts, Maurach-FS, 1972, 9; Marx, Zur Definition des Begriffes "Rechtsgut", 1972; Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege, en: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (eds.), Die Grundrechte, t. III, vol. 2, ^{2}1972, 909; R. Schmitt, Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst?, Maurach-FS, 1972, 113; W. Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens - Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, 1973; Leferenz, Wilhelm Gallas' "Gedanken zum Begriff des Verbrechens" aus kriminologischer Sicht, Gallas-FS, 1973, 65; Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973; Engisch, Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition, Welzel-FS, 1974, 343; Arth. Kaufmann, Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht, Henkel-FS, 1974, 89; Klose, "Ius puniendi" und Grundgesetz, ZStW 86 (1974), 33; Lampe, Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis, Welzel-FS, 1974, 151; Amelung, Recens. de W. Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens (1973), ZStW 87 (1975), 132; W. Hassemer, Recens. de Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft (1972), ZStW 87 (1975), 146; Stratenwerth, Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, Schaffstein-FS, 1975, 177; Arth. Kaufmann, Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart, 1976; Müller-Emmert, Sozialschädlichkeit und Strafbarkeit, GA 1976, 291; Sax, Tatbestand und "Rechtsgutsverletzung", JZ 1976, 9, 80; Matussek, Zum Inhalt des gegenwärtigen Verbrechens-

begriffes, Kriminalistik 1977, 335; Müller-Dietz, Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgebote, Dreher-FS, 1977, 97; Vogler, Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung, ZStW 90 (1978), 132; Amelung, Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung, ZStW 92 (1980), 19; Neumann/Schroth, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980; Zipf, Kriminalpolitik, [2]1980; Arzt, Probleme der Kriminalisierung und Entkriminalisierung sozialschädlichen Verhaltens, Kriminalpolitik 1981, 117; Balog, Rechtsgüter in Theorie und Praxis, en: Kriminalsoziologische Bibliographie 1981, 51; Noll, Symbolische Gesetzgebung, ZSchwR 100 (1981), 347; Roos, Entkriminalisierungstendenzen im Besonderen Teil des Strafrechts, 1981; Kaiser, Kriminalisierung und Entkriminalisierung in Strafrecht und Kriminalpolitik, Klug-FS, 1983, 579; Arm. Kaufmann, Die Aufgabe des Strafrechts, 1983; Baumann, Strafrecht als soziale Aufgabe, Noll-GS, 1984, 27; Kunz, Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984; Naucke, Über deklaratorische, scheinbare und wirkliche Entkriminalisierung, GA 1984, 199; Rudolphi, Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, en: Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 69; Gössel, Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeitseinschränkendes Tatbestandsmerkmal, Oehler-FS, 1985, 97; Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985), 751; Kratzsch, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985; Naucke, Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, 1985; Volk, Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus, ZStW 97 (1985), 871; Beck, Risikogesellschaft, 1986; Weigend, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, ZStW 98 (1986), 44; P. A. Albrecht, Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat, KritV 1988, 182; Brandt, Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für Entpoenalisierungen im Kriminalrecht, 1988; Calliess, Strafzwecke und Strafrecht, NJW 1989, 1338; W. Hassemer, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NStZ 1989, 553; W. Hassemer, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, en: Scholler/Philipps (eds.), Jenseits des Funktionalismus, 1989, 85; W. Hassemer/Meinberg, Umweltschutz durch Strafrecht, NK 1989, 46; Kratzsch, Prävention und Unrecht - eine Replik, GA 1989, 49; Kuhlen, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989; Lenckner/Schittenhelm, Gründe und Grundlagen des strafrechtlichen Verbots, en: Eser/Kaiser (eds.), Viertes deutsch-sowjetisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, 1989, 17; Müller-Dietz, Instrumentelle vs. sozialethische Funktionen des Strafrechts, en: Scholler/Philipps (eds.), Jenseits des Funktionalismus, 1989, 95; Voß, Symbolische Gesetzgebung, 1989; W. Hassemer, Das Schicksal der Bürgerrechte im "effizienten" Strafrecht, StrV 1990, 328; Kareklas, Die Lehre vom Rechtsgut und das Umweltstrafrecht, tes. doct. Tübingen 1990; Suhr, Zur Begriffsbestimmung von Rechtsgut und Tatobjekt im Strafrecht, JA 1990, 303; Zaczyk, Der Begriff "Gesellschaftsgefährlichkeit" im deutschen Strafrecht, en: Lüderssen y otros (eds.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, 1990, 113; Amelung, Rechtsgutsverletzung und Sozialschädlichkeit, en: Jung y otros (eds.), Recht und Moral, 1991, 269; Beste/Wagner, Strafrecht, gesellschaftliche Sicherheit und demokratische Teilhabe, KrimJ 1991, Beiheft 3, 24; Haffke, Symbolische Gesetzgebung? Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland, KritV 1991, 165; W. Hassemer, Sozialtechnologie und Moral; Symbole und Rechtsgüter, en: Jung y otros (eds.), Recht und Moral, 1991, 329; Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991; Prittwitz, Funktionalisierung des Strafrechts, StrV 1991, 435; Rengier, Überlegungen zu den Rechtsgütern und Deliktstypen im Umweltstrafrecht, en: Schulz (ed.), Ökologie und Recht, 1991, 33 ss.; Runte, Die Veränderung von Rechtfertigungsgründen durch Rechtsprechung und Lehre, 1991; Seelmann, Neue Unübersichtlichkeit im Strafrecht?, BewHi 1991, 123; Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991; Albrecht y otros (eds.), Strafrecht - ultima ratio, 1992; Greive (ed.), Was taugt das Strafrecht heute?, 1992; W. Hassemer, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, 378; Kindhäuser, Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft, Universitas 1992, 227; Köhler, Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht, ZStW 104 (1992), 3; Köhler, Rechtsgut, Tatbestandsstruktur und Rechtswidrigkeitszusammenhang, MDR 1992, 739; Kühl, Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens, Spendel-FS, 1992, 75; Lampe, Gedanken zum materiellen Straftatbegriff, Rud. Schmitt-FS, 1992, 77; Müller-Dietz, Aspekte und Konzepte der Strafrechtsbegrenzung, Rud. Schmitt-FS, 1992, 95; Seelmann, Risikostrafrecht: Die "Risikogesellschaft" und ihre "symbolische Gesetzgebung" im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht, KritV 1992, 452;

Tönnies, Symbolische Gesetzgebung: Zum Beispiel § 175 StGB, ZRP 1992, 411; P. A. Albrecht, Erosionen des rechtsstaatlichen Strafrechts, KritV 1993, 163; Baratta, Jenseits der Strafe - Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 393; Bleckmann, Die Überlagerung des nationalen Strafrechts durch das Europäische Gemeinschaftsrecht, Stree/Wessels-FS, 1993, 107; Dölling, Die Behandlung der Kleinkriminalität in der BRD, en: Lampe (ed.), Deutsche Wiedervereinigung, Arbeitskreis Strafrecht, t. I, 1993, 1; W. Frisch, An den Grenzen des Strafrechts, Stree/Wessels-FS, 1993, 69; Herzog, Über die Grenzen der Wirksamkeit des Strafrechts, KritV 1993, 247; Hilgendorf, Gibt es ein "Strafrecht der Risikogesellschaft?", NStZ 1993, 10; Jäger, Irrationale Kriminalpolitik, Schüler-Springorum-FS, 1993, 229; Lampe, Ein neues Konzept für die Kleinkriminalität etc., en: Lampe (ed.), Deutsche Wiedervereinigung, Arbeitskreis Strafrecht, t. I, 1993, 55; J. C. Müller, Die Legitimation des Rechtes durch die Erfindung des symbolischen Rechtes, KrimJ 1993, 82; Naucke, Schwerpunktverlagerung im Strafrecht, KritV 1993, 135; Prittwitz, Strafrecht und Risiko, 1993; Schöch, Entkriminalisierung, Entpönalisierung, Reduktionismus, Schüler-Springorum-FS, 1993, 245; Stratenwerth, Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts, ZStW 105 (1993), 679; Wolter, Verfassungsrecht im Strafprozeß- und Strafrechtssystem, NStZ 1993, 1.

I. El concepto material de delito

El derecho del legislador a establecer penas, el *ius puniendi,* se desprende 1
del art. 74 n.º 1 GG, pues la atribución que allí se hace del Derecho penal al campo de la legislación concurrente [1] permite reconocer que el legislador constitucional presupone la existencia de un derecho del Estado a penar [2]. Pero con ello aún no se ha dicho nada sobre cómo tiene que estar configurada una conducta para que el Estado esté legitimado a penarla. Esta es la cuestión acerca del "concepto material de delito" [3], es decir, de la cualidad en cuanto a contenido de la actuación punible. Mientras que mediante el "concepto formal de delito" [4], que se discute en los primeros parágrafos de este libro, la conducta punible sólo es objeto de una definición en el marco del Derecho positivo, el concepto material de delito se remonta más atrás del respectivo Derecho penal codificado y pregunta por los criterios materiales de la conducta punible. Por tanto, el concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio políticocriminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune. Su descripción se deriva del cometido del Derecho penal, que aquí se entiende como **"protección subsidiaria de bienes jurídicos"**. Sin embargo, hay que penetrar por toda una jungla de

---

[1] Después de que el legislador federal ha hecho uso de modo extensivo de su competencia reguladora, hoy el Derecho de los "Länder" tiene una importancia muy escasa para la legislación penal. Sobre la relación entre el Derecho penal federal y el de cada Land cfr. arts. 1-4 EGStGB, así como Maurach/Zipf, AT/1[8], § 8 III, y Sch/Sch/Eser[24], antes del § 1, nm. 36 ss. Por otra parte, a largo plazo probablemente se llegará a una "cierta superposición del Derecho penal nacional por parte del Derecho penal de la Comunidad europea"; cfr. sobre ello Bleckmann, 1993, 107.

[2] De otra opinión Klose, ZStW 86 (1974), 33 ss., que sin razón no considera suficiente esa regulación competencial como "base de legitimación" y aboga por ello por un puro "Derecho de medidas".

[3] Cfr. sobre ello Zipf, [2]1980, 106 ss.

[4] El término "delito" se utiliza aquí en sentido amplio, incluyendo también los "delitos menos graves" en el sentido del § 12.

cuestiones polémicas antes de poder unir un sentido seguro y suficientemente claro a esa afirmación.

II. La lesión de un bien jurídico como presupuesto de la punibilidad

2 La exigencia de que el Derecho penal sólo puede proteger "bienes jurídicos" ha desempeñado un importante papel en la discusión de la reforma de las últimas décadas. Se partió de la base de que el Derecho penal sólo tiene que asegurar determinados "bienes" previamente dados, como la vida (§§ 211 ss.), la integridad corporal (§§ 223 ss.), el honor (§§ 185 ss.), la Administración de Justicia (§§ 153 ss.), etc., y de esa posición se ha deducido la exigencia de una sustancial restricción de la punibilidad en un doble sentido.

1. La exclusión de las meras inmoralidades del Derecho penal

3 El primer punto afecta al Derecho penal sexual. En este campo hasta el año 1969, con la tipificación de la homosexualidad entre adultos (§ 175 v. a.), la sodomía (§ 175 b v. a.), la alcahuetería (§ 180 a v. a.), la difusión de pornografía (§ 184 v. a.) y conductas similares, estaban penadas también acciones que ciertamente se consideran inmorales de modo general, pero que, si son realizadas por personas adultas y en caso de participación de varios con recíproco acuerdo y sin molestar a otros, no menoscaban ni "derechos" individuales ni "bienes" en el sentido de estados vulnerables, protegibles y valiosos [5]. En ellas falta una "real causalidad lesiva" [6]; y por ello, según esta teoría sólo pueden entenderse como infracciones contra "conceptos generales" [7] como la moral, pero no como lesiones de bienes jurídicos. Durante mucho tiempo constituyó un tema principal de la polémica políticocriminal la cuestión de si se puede lícitamente castigar tales acciones meramente inmorales, pero no lesivas de bienes jurídicos. El Proyecto de StGB, que había presentado en 1962 el Gobierno federal (el denominado P 1962) [8], aducía p.ej. expresamente a favor su mantenimiento de la punibilidad de la homosexualidad, que no está excluido "conminar penalmente determinados casos de conducta especialmente reprobable éticamente y vergonzosa según la convicción común, aunque con el hecho no se lesione ningún bien jurídico directamente determinable". Frente a esto, el "Proyecto Alternativo de Código Penal" (= PA; cfr. § 4, nm. 20 ss.), presentado en 1966 por catorce catedráticos, precisaba de modo programático en el § 2: "penas y medidas sirven para la protección de los bienes jurídicos" y consecuentemente abogaba por la impunidad de acciones mera-

[5] Así la definición de Jäger, 1957, 13.
[6] Jäger, 1957, 13.
[7] Jäger, 1957, 13.
[8] BT-Drucks. IV/650, 376.

mente inmorales, pero no lesivas para los derechos de nadie, y con ello por una amplia liberalización del Derecho penal sexual [9]. En la subsiguiente reforma se ha impuesto ampliamente el punto de vista del dogma del bien jurídico. La primera y la cuarta Ley de reforma del Derecho penal, de 25-6-1969 y de 23-11-1973, han reducido la punibilidad en ese campo en lo sustancial a lesiones de la libertad individual y a infracciones frente a menores. De modo característico, el título 13 de la Parte especial, que antes llevaba la rúbrica "Delitos graves y menos graves contra la moralidad", ahora sólo se llama: "Delitos contra la autodeterminación sexual".

2. La exclusión de las contravenciones del Derecho penal

El segundo campo temático en el que podría operar el dogma del bien 4
jurídico se refiere a la delimitación entre hechos punibles y contravenciones. Los autores que han preelaborado científicamente el Derecho contravencional (sobre todo James Goldschmidt, Erik Wolf y Eberhard Schmidt [10]) fueron esencialmente codeterminados por la idea de que el Derecho penal tiene que proteger bienes jurídicos previamente dados (es decir, principalmente el clásico canon de los derechos individuales independientes del Estado), mientras que las infracciones de las reglamentaciones estatales, que no protegen bienes ya existentes, sino que se dictan solamente al servicio de las misiones públicas de orden y bienestar, en cuanto desobediencias éticamente incoloras, o sea en cuanto contravenciones, deben castigarse con sanciones no criminales. Así pues, en el sentido de esta concepción, p.ej. la lesión de la integridad física o de la propiedad es por su esencia un hecho punible; en cambio, el aparcamiento incorrecto de un coche o la infracción de una ordenanza sobre empadronamientos o registros administrativos no encajan en el concepto material de delito, ya que el objeto de la prohibición o mandato ha sido absolutamente creado por primera vez por el Estado, o sea que no es preexistente y por ello no es un bien jurídico. A partir de la postguerra el legislador ha ido cumpliendo de modo creciente la exigencia de crear un Derecho contravencional separado del Derecho penal criminal; primero en la Ley penal económica de 1949, después en la OWiG de 1952 y finalmente en la amplia y totalmente renovada OWiG de 1968. Desde el 1-1-1975 todas las antiguas faltas, que antes se castigaban con penas de multa de hasta 500 marcos o de arresto de hasta seis semanas, han sido suprimidas del StGB (§§ 360 ss. v. a.) y en su mayor parte transformadas en contravenciones (administrativas). Y por lo demás también ha aumentado constantemente el número de las contravenciones sancionadas sólo con multa administrativa.

---

[9] Ello se expone en concreto en el título "Delitos sexuales" del PA PE (Delitos sexuales), 1968.

[10] Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902; E. Wolf, Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, Frank-FS, t. II, 1930, 516; Eb. Schmidt, NiedStrKomm. 1, 1956, 333. Sintetizando Michels, 1963.

III. La inidoneidad de las anteriores definiciones de bien jurídico

5 A pesar de estas evoluciones la cuestión teórica del concepto material de delito sigue sin estar clara, pues hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto de "bien jurídico" de modo que pudiera ofrecer una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria por su contenido. En primer lugar, no es posible limitarlo a los bienes individuales, ya que el StGB protege muchos bienes jurídicos de la comunidad, como el Estado (§§ 81 ss.), las divisas (§§ 146 ss.) o la Administración de Justicia (§§ 153 ss.), cuya lesión también merece indiscutiblemente una pena desde la perspectiva de un concepto material de delito. Pero en segundo lugar se plantea la cuestión de por qué p.ej. no se puede considerar también las "concepciones morales dominantes" como un bien jurídico colectivo, o, si eso parece demasiado impreciso, por qué no se podría basar la punibilidad de la homosexualidad en un bien jurídico constituido por la "estructura heterosexual de las relaciones sexuales". La falta de cualidad como bien jurídico de determinadas concepciones morales tampoco se puede fundamentar en que a los meros sentimientos o concepciones valorativas generales sencillamente se les niega el reconocimiento como bien jurídico; pues el StGB castiga, sin que nadie lo objete, meras lesiones del sentimiento de piedad (§ 168) o suscitar escándalo público (§ 183 a), a pesar de que en esos casos los daños están sólo en el terreno del mundo de los sentimientos y del decoro.

6 Igualmente, el intento de delimitar hechos punibles y contravenciones por medio de un concepto de bien jurídico preconcebido es difícilmente practicable. Pues por una parte existen contravenciones, como provocar ruido perturbador para la salud (§ 117 OWiG), que menoscaban claramente bienes jurídicos preexistentes de los individuos; y por otra parte existen numerosos hechos en el campo de los delitos económicos, tributarios y ambientales, cuyos objetos son creados sólo por reglamentaciones estatales, pero cuya necesidad de pena pese a ello no se puede poner seriamente en duda. Y en general, a la vista de la importancia vital de las misiones de prestación de servicios por parte del Estado no se comprende por qué no se podría considerar como bien jurídico p.ej. el "funcionamiento sin perturbaciones de la Administración".

7 Tales reflexiones podrían conducir a la perspectiva del denominado concepto "metodológico" de bien jurídico, que entiende por bien jurídico sólo una forma sintética de pensamiento respecto del "sentido y fin de las concretas normas del Derecho penal" [11], una "abreviatura de la idea del fin" [12] y con ello la "ratio legis" [13] de los diversos tipos. Pero de ese modo se habría renunciado

---

[11] Honig, 1919, 30; en ese sentido tb. Blei, AT[18], § 24 II.
[12] Grünhut, Frank-FS, t. I, 1930, 8.
[13] Schwinge, 1930, 25.

totalmente al significado del bien jurídico para el concepto material de delito, puesto que, dado que naturalmente el legislador persigue con cada precepto un fin cualquiera, siempre se daría *eo ipso* un bien jurídico y los esfuerzos descritos en los nm. 2-4 sólo habrían valido para solucionar un problema aparente. Dicho concepto sólo sigue teniendo una función como medio de interpretación teleológica ("según el bien jurídico protegido") y para la estructuración sistemática de la Parte especial, pero políticocriminalmente carece de importancia. Ahora bien, el abandono de un concepto políticocriminal en favor de un concepto puramente hermenéutico de bien jurídico sería insatisfactorio: pues por una parte tal formación conceptual no lleva más allá del principio, de todos modos perfectamente conocido, de la interpretación teleológica [14]; y por otra parte los problemas materiales que hay tras la discusión políticocriminal justifican proseguir los esfuerzos por lograr un concepto de bien jurídico expresivo en su contenido y limitador del Derecho penal.

Sin embargo, la cuestión de si el concepto de bien jurídico, cuyo creador se considera a **8** Birnbaum [15], tenía ya en la época en que surgió en el siglo XIX un contenido liberal y limitador de la punibilidad, es tan discutida como la conexión que frecuentemente se afirma que existe entre la teoría del bien jurídico y el Derecho penal de la Ilustración, que se había esforzado por restringir la punibilidad a los "daños sociales", derivando también de ello ya la exigencia de impunidad de las meras infracciones contra la moral [16]. Sin embargo, esto no es lo que importa en este contexto, dado que en todo caso el concepto de bien jurídico ha asumido esa función en la moderna discusión sobre la reforma, con la que ha de enlazar la discusión actual.

IV. La derivación del bien jurídico de la Constitución

El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción **9** previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución [17]. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo,

---

[14] A cuyo respecto la interpretación "según el bien jurídico protegido" conduce incluso a errores si no se tiene debidamente en cuenta que el legislador sólo protege la mayoría de los bienes jurídicos frente a determinadas formas de ataque.

[15] Birnbaum, Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begrif des Verbrechens, etc., en: Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, t. 15 (1834), 149 ss.

[16] Decididamente en contra de tales suposiciones Amelung, 1972, dirigiéndose sobre todo contra Sina, 1962, y los autores que le siguen.

[17] Esta concepción es continuación y desarrollo de la expuesta por mí por primera vez en "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", JuS 1966, 377 ss., 381 s. (= Grundlagenprobleme, 1 ss., 12 s.) [= Problemas básicos, 1976, 11 ss., 20 s.; N. del T.]. Las más próximas a ella de las teorías del bien jurídico de la doctrina son las posiciones de Rudolphi, Honig-FS, 1970, 151 ss., y Marx, 1972. En cambio, la determinación conceptual que he mantenido en Roxin, Täterschaft, 1963, [5]1989, 413, se apoya en Jäger, 1957, cuya influencia sigue siendo perceptible en mis exposiciones de 1966. A favor del concepto constitucional de bien jurídico aquí defendido tb. Schöch, Schüler-Springorum-FS, 1993, 253.

a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia se puede decir: los **bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.** Esta definición, al atender a "circunstancias dadas y finalidades" en vez de a "intereses" de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas creados sólo por el mismo, o sea que no se limita a la primera alternativa. De tal concepto de bien jurídico, que le viene previamente dado al legislador penal, pero no es previo a la Constitución, se pueden derivar una serie de tesis concretas.

1. Las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos

10 Las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos y son inadmisibles. Por tanto no se puede p.ej. exigir bajo pena al ciudadano que tribute reverencia a algo como el sombrero de Geßler * o a otro símbolo cualquiera; pues ello ni sirve a la libertad del individuo en un Estado liberal ni para la capacidad funcional de un sistema social basado en tales principios.

2. Las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes jurídicos

11 Por la misma razón estaría vedado proteger finalidades ideológicas mediante normas jurídicopenales. Así p.ej., el "mantenimiento de la pureza de la sangre alemana", en el que se basó la prohibición nacionalsocialista de la llamada vergüenza racial, no es un bien jurídico en el sentido aquí descrito. Pero lo mismo valdría también para la obligación de seguir teorías ideológicas menos reprobables.

3. Las meras inmoralidades no lesionan bienes jurídicos

12 Por último, hay que dar la razón en el resultado a la teoría descrita en el nm. 3, en cuanto que las meras inmoralidades no lesionan ningún bien jurídico y por ello deben quedar impunes. Así por ejemplo, la punición de relaciones homosexuales u otras consideradas inmorales, mantenidas entre adultos, sólo restringe la libertad del individuo, pero además no sólo es superflua, sino incluso nociva para la capacidad funcional del sistema social, por crear con-

---

* Según las legendarias tradiciones suizas sobre Guillermo Tell, en el siglo XIV Hermann Geßler era el gobernador austríaco que ocupaba el territorio suizo, y en una ocasión expuso su sombrero en el suelo bajo el tilo de Altdorf e hizo saber a la población que tenían que prestarle reverencia cada vez que pasaran ante él, porque el sombrero era lo mismo que si estuviera el gobernador en persona; Tell precisamente fue detenido y castigado por negarse a doblar la rodilla ante el símbolo del tirano, pero luego logró escapar y matar al gobernador, encabezando la rebelión de los suizos contra Austria [N. del T.].

flictos sociales innecesarios al estigmatizar a personas socialmente integradas. La exclusión de las meras inmoralidades del campo del Derecho penal no significa que tampoco se puedan proteger penalmente en su caso "sentimientos" y similares. El que denigra públicamente la confesión ideológica de otro (§ 166), o sustrae restos cadavéricos (§ 168) o realiza acciones sexuales en público (§ 183 a), por la indignación que con ello provoca en el afectado o en la comunidad perturba la paz pública, sin la que tampoco puede existir un sistema social liberal. En cambio, precisamente eso es lo que falta en las inmoralidades realizadas de común acuerdo y no en público.

4. Otras consecuencias

No es preciso exponer más detalladamente que en estos pocos ejemplos no se agota la utilidad práctica del concepto de bien jurídico. Así, preceptos penales que crearan o aseguraran la desigualdad entre los seres humanos no protegerían ningún bien jurídico; y lo mismo ocurriría con una punición de la expresión de opiniones, que infringiría el art. 5 GG, etc. De ese modo es cierto que del concepto de bien jurídico no se desprende nada que no se pudiera derivar ya de los cometidos del Estado y de los derechos fundamentales aun sin tal concepto; pero el mismo anuda los múltiples resultados de aquéllos y obliga a someter de antemano todo precepto penal a la luz de las limitaciones constitucionales. **13**

5. También las contravenciones lesionan bienes jurídicos

En cambio, no es posible delimitar delitos y contravenciones según el criterio de si una acción lesiona bienes jurídicos preexistentes o solamente infringe normas creadas por el Estado. En efecto, también las contravenciones lesionan bienes jurídicos, puesto que causan daño al individuo (¡ruido perturbador de la tranquilidad o descanso!) o son perjudiciales para el bien común (y con ello mediatamente también para el ciudadano). Incluso una prohibición de aparcamiento tiene la finalidad de impedir un atasco de las calles y asegurar de ese modo el libre comercio y movimiento; por tanto protege un bien jurídico. Sólo sucede algo distinto cuando una regulación estatal sancionadora no permita reconocer ninguna referencia a los cometidos estatales de protección y orden. Pero entonces se tratará de un precepto arbitrario, cuya inadmisibilidad se deriva de los puntos de vista expuestos en nm. 10, y no del problema de la delimitación de hechos punibles y contravenciones. **14**

V. La mutabilidad del concepto de bien jurídico

La concepción del bien jurídico descrita es ciertamente de tipo normativo; pero no es estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucio- **15**

nales está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico [18]. Así por ejemplo, la punición de las acciones exhibicionistas es lícita porque las mismas ponen en peligro la paz pública. Pero si con el transcurso del tiempo se impusiera entre la población la opinión de que tal conducta sólo supone un síntoma de perturbación psíquica no peligroso para la colectividad, su punición no serviría ya para proteger bienes jurídicos, sino para impedir una mera inmoralidad, y tendría que suprimirse. La vinculación de la potestad punitiva al respectivo estado del conocimiento científico se muestra p.ej. en el tratamiento de la pornografía (§ 184). Su difusión entre personas adultas la ha dejado impune en lo sustancial el legislador, coincidiendo con la teoría del bien jurídico aquí mantenida, porque parte de la base de que la visión o lectura privada de dichos escritos, se juzgue como se quiera moralmente, no es socialmente nociva y en algunos casos puede incluso cooperar a eliminar las tensiones psíquicas. No obstante, si se comprobara que el consumo de pornografía o de algunas de sus manifestaciones conduce en fuerte medida a la comisión de delitos sexuales, entonces la limitación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos ya no se opondría a la penalización.

VI. Cuestiones límite de la protección de bienes jurídicos

16 Un concepto de bien jurídico como el anteriormente descrito no proporciona una definición de la que se pudieran derivar conclusiones ya acabadas. Un concepto así no es posible y tendría que ser necesariamente erróneo, ya que reduciría la difícil búsqueda de la evolución ulterior correcta a una ciega deducción conceptual. Por el contrario, el concepto de bien jurídico sólo proporciona un criterio de enjuiciamiento que hay que desarrollar en la materia jurídica y que el legislador y el aplicador del Derecho tienen que consultar en la creación e interpretación de cada precepto concreto. El concepto de bien jurídico ha de ser puesto a prueba por tanto en la Parte especial y aquí no puede ser tratado en todas sus consecuencias.

17 Baste con aludir a que por las dificultades de delimitación en el caso concreto no se puede poner en tela de juicio la capacidad práctica de rendimiento del concepto de bien jurídico, sino que ésta se demuestra precisamente en que el principio del bien jurídico hace visibles los problemas del límite del *ius puniendi* estatal y puede llevar a una solución racional de los mismos. A continuación se indican tan sólo algunas ideas clave para la discusión, cuyo centro de gravedad está en la Parte especial.

18 1. La punibilidad del homicidio consentido (§ 216), cuya impunidad se reclama frecuentemente con el argumento de que ese hecho no lesiona ningún bien jurídico [19], se puede

[18] Sobre ello especialmente W. Hassemer, 1973.
[19] Ultimamente R. Schmitt, Maurach-FS, 1972, 113 ss.; Marx, 1972, 65 s.

mantener teniendo en cuenta que la concurrencia de una decisión autónoma sobre la propia vida tras la muerte de la víctima sólo se podrá demostrar indubitadamente a lo sumo en los casos de suicidio por propia mano, pero no en caso de actuación de un tercero, y que el mandato de protección de la vida requiere la tabuización por principio de la vida ajena.

2. La punibilidad de la venta de drogas etc. se justifica por la incontrolabilidad, que de **19**
lo contrario se produciría, de su difusión y de su peligro para consumidores no responsables, sobre todo también para los jóvenes menores de edad [19a].

3. La "vida en formación", protegida por el § 218, ciertamente no es aún una "persona"; **20**
pero a pesar de ello debe ser considerada como bien jurídico, porque la Ley Fundamental (art. 2 II 1) también protege la vida en formación como forma previa de existencia humana (BVerfGE 39, 1). Por eso el legislador puede legítimamente prohibir bajo pena el aborto (sobre la ulterior cuestión de si tb. está obligado a ello, cfr. *infra* nm. 26 s.).

4. Un punto neurálgico lo constituye también el tipo de los malos tratos a animales (§ 17 **21**
TierSchG), que siempre se cita como prueba de que incluso sin lesión de bienes jurídicos ha de admitirse la punición. Y efectivamente cabe preguntar cómo va a ser útil para la libertad del ciudadano o el aseguramiento del sistema social la "protección de la vida y bienestar del animal", a la que quiere servir la TierSchG según sus propias manifestaciones. No obstante, hay que considerar admisible la punición de los malos tratos a los animales. Pero ello no significa que en este caso se proteja una mera concepción moral, sino que hay que partir de la base de que el legislador, en una especie de solidaridad entre las criaturas, también considera a los animales superiores como nuestros semejantes, como "hermanos distintos", y los protege como tales. Según esto, en la protección de la convivencia humana se incluye también, aunque con diferente atenuación, junto a la vida humana en formación la vida de los animales superiores. Su sentimiento de dolor se equipara hasta un cierto grado al del hombre. El § 90 a BGB responde a dicha concepción.

5. Los límites de un Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos también **22**
se ven afectados por los casos, muy discutidos recientemente, de "legislación simbólica" [20]. Aquí se trata de preceptos penales que no despliegan en primera línea efectos protectores concretos, sino que, confesándose partidarios de determinados valores o condenando conductas consideradas reprobables, pretenden servir para la autoafirmación de grupos políticos e ideológicos. A menudo también sucede que sólo se persigue apaciguar al elector, en cuanto que mediante leyes previsiblemente ineficaces sin embargo se puede suscitar la impresión de que "se hace algo" para combatir acciones y situaciones indeseables. Dado que todas las leyes penales tienen un impacto simbólico más o menos grande por deber operar sobre la formación de la conciencia de la población, los elementos "simbólicos" de la legislación no son inadmisibles de modo general. Todo depende de hasta qué punto se sigue garantizando suficientemente la referencia al bien jurídico. En el caso de preceptos que extienden ampliamente la punibilidad al campo previo a las acciones concretas o que castigan meras manifestaciones de la actitud interna, puede ser absolutamente dudosa su admisibilidad desde los puntos de vista del Estado de Derecho. Sin embargo, todavía queda por realizar una amplia elaboración jurídicopenal y constitucional de la problemática, que hasta ahora ha sido predominantemente analizada por la teoría del Derecho y las ciencias sociales.

6. Sobre la problemática del bien jurídico en los delitos de peligro abstracto y en la lucha **22a**
contra el riesgo mediante el Derecho penal cfr. nm. 23a-e.

[19a] Sin embargo, una investigación más exacta debería conducir a una restricción sustancial del actual Derecho penal en materia de estupefacientes; merece leerse al respecto Köhler, ZStW 104 (1992), 3; idem, MDR 1992, 739.

[20] Monografía: Voß, Symbolische Gesetzgebung, 1989; de la restante bibliografía jurídica: Amelung, ZStW 92 (1980), 54 ss.; Neumann/Schroth, 1980, 114 ss.; Noll, ZSchwR 1981, 347 ss.; W. Hassemer, NStZ 1989, 553; Tönnies, ZRP 1992, 411; Müller, KrimJ 1993, 82.

VII. Derecho penal del peligro, Derecho penal del riesgo, aseguramiento del futuro mediante el Derecho penal: ¿el fin de la protección de bienes jurídicos?

23 La vinculación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos no exige que sólo haya punibilidad en caso de **lesión** de bienes jurídicos. Es suficiente una puesta en peligro de bienes jurídicos, que en los delitos de peligro concreto (p.ej. el § 315 c: puesta en peligro del tráfico viario) el propio tipo convierte en requisito de la punibilidad, mientras que en los delitos de peligro abstracto (p.ej. el § 316: conducción bajo influencia de bebidas) los bienes jurídicos protegidos (aquí: vida, integridad corporal, valores patrimoniales) no se mencionan en absoluto en el tipo, sino que constituyen sólo el motivo para la creación del precepto penal. Asimismo, la punibilidad de la tentativa —en la que *per definitionem* no se produce la lesión del objeto de la acción— tampoco está en contradicción con la teoría de la protección de bienes jurídicos. Esta no requiere como presupuesto de la punibilidad nada más que el hecho de que una acción esté dirigida por su tendencia objetiva o subjetiva a la lesión de un bien jurídico [21]. Más allá de estos casos, tampoco se renuncia a la exigencia de protección de bienes jurídicos por el hecho de destacar que el Derecho penal con sus prohibiciones quiere asegurar valores de la acción (como el respeto a la vida, a la propiedad ajena, etc.). Ello es totalmente correcto en la medida en que el mantenimiento de valores de la acción sirve para la protección de los bienes jurídicos a los que los mismos se refieren. Solamente está vedada la protección de valores de la acción y de la actitud interna "flotantes", cuya lesión no tiene referencia alguna a un bien jurídico.

23a De todos modos la ampliación del Derecho penal al terreno de la puesta en peligro no está libre de reparos allí donde conduce a incriminaciones cada vez más amplias en el campo previo y con bienes protegidos cada vez más inaprehensibles. Herzog habla por ello en su "Estudios sobre el adelantamiento del Derecho penal al terreno de la puesta en peligro" [21a] de una "puesta en peligro del Derecho penal mediante el Derecho penal de la puesta en peligro". Pero su escepticismo va algo más lejos de su objetivo; pues allí donde una conducta peligrosa prohibida está claramente descrita y si es claramente visible su referencia al bien jurídico y tampoco se vulnera el principio de culpabilidad (sobre ello § 11, nm. 119 ss.), entonces son inobjetables incluso los delitos de peligro abstracto. Por eso no se podrá renunciar a un tipo como la "conducción bajo influencia de bebidas" (§ 316), que cumple esos requisitos. Por otra parte, cuando el § 29 I n.º 1 BtMG castiga el hecho de "traficar con narcóticos" y la jurisprudencia entiende por tal "toda actividad lucrativa dirigida a la transacción" [21b], incurrirá ya en responsabilidad penal por delito consumado el que promete

---

[21] Kratzsch, GA 1989, 56, ve la misión de las normas del Derecho penal en "evitar a tiempo" daños amenazantes para el bien jurídico; y ello incluye según él también dominar los cursos de los acontecimientos dependientes del azar (p.ej. mediante delitos de peligro abstracto); idem, 1985, 119, y con más detalles 257 ss.

[21a] Ese es el subtítulo de su libro "Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge", 1991; la cita en p. 70. Según Müller-Dietz, "el Derecho penal del peligro es el elemento característico de la sociedad del riesgo" (Rud. Schmitt-FS, 1992, 104).

[21b] Cfr. solamente BGH StrV 1992, 516 y 517, con Com. de Roxin.

proporcionar drogas, pero no encuentra ningún proveedor. Aquí se le impone entonces la pena de la consumación a una conducta que de antemano sólo se puede referir vagamente a un bien jurídico poco claro (la "salud pública"), llegando a incluir hasta las meras declaraciones de intenciones. Ello ya no es compatible con una concepción del Derecho penal orientada al bien jurídico y se aproxima peligrosamente a un Derecho penal de la actitud interna. Una elaboración exacta de todos los delitos de peligro abstracto, como la que ha efectuado Herzog [21c] respecto de los §§ 264 y 324, pondría de manifiesto que muchos de ellos son insostenibles en un Estado de Derecho.

A un contexto similar pertenece la reciente discusión en torno al "Derecho penal del riesgo", que fue suscitada por el libro del sociólogo Beck sobre la "sociedad del riesgo" ("Risikogesellschaft", 1986) y que ha sido tratada por primera vez monográficamente en la obra de Prittwitz sobre "Derecho penal y riesgo" ("Strafrecht und Risiko", 1993) [21d]. En ella se trata de la cuestión de hasta qué punto el Derecho penal está en condiciones de hacer frente con su tradicional instrumental liberal y ajustado al Estado de Derecho, al que también pertenece sobre todo el concepto de bien jurídico, a los modernos riesgos de la vida (como los de tipo atómico, químico, ecológico o de técnica genética). Muchos responden negativamente a esta cuestión y aluden a la necesidad de desactivar las causas sociales de las que surgen tales riesgos. Ahora bien, como eso sólo es posible siempre de modo limitado, lo cierto es que no se podrá renunciar totalmente a la intervención del Derecho penal en este campo. Pero también al luchar contra el riesgo mediante el Derecho penal hay que preservar la referencia al bien jurídico y los restantes principios de imputación propios del Estado de Derecho; y donde ello no sea posible, debe abstenerse de intervenir el Derecho penal. "Sólo hay espacio para el Derecho penal allí donde las decisiones sobre el riesgo puedan atribuirse individualmente de modo justo" [21e]. **23b**

Acogiendo y radicalizando parcialmente las tesis de Herzog y Prittwitz, otros representantes de la "Escuela de Frankfurt" (W. Hassemer, Naucke, P. A. Albrecht) se manifiestan también contra los intentos de combatir los problemas de la sociedad moderna ("medio ambiente, economía, procesamiento de datos, drogas, impuestos, comercio exterior, en una palabra: criminalidad organizada" [21f]) mediante un Derecho penal preventivo. Tras esta posición está el temor de que para una intervención efectiva del Derecho penal en esos campos hubiera que sacrificar garantías esenciales del Estado de Derecho. W. Hassemer [21g] propone por ello una reducción del Derecho penal a un "Derecho penal nuclear" y propugna resolver los indicados problemas "modernos" mediante un "Derecho de la intervención", que "esté situado entre el Derecho penal y el Derecho contravencional, entre el Derecho civil y el público, y que ciertamente dispondrá de garantías y procedimientos reguladores menos exigentes que el Derecho penal, pero que a cambio estará dotado de sanciones menos intensas frente a los individuos". De modo similar, Naucke [21h] constata un desplazamiento del centro de gravedad "desde el Derecho penal ajustado al Estado de Derecho a la poderosa transacción social", e insiste en una incondicional "exigencia del Derecho penal ajustado al Estado de Derecho, aunque sea a costa de la prevención". P. A. Albrecht [21i] diagnostica "erosiones del Derecho penal ajustado al Estado de Derecho" y aboga por una "retirada del Derecho penal **23c**

[21c] Herzog, 1991, 109 ss.

[21d] Otra bibliografía: P. A. Albrecht, KritV 1988, 182; Beste/Wagner, KrimJ 1991, Beiheft 3, 24; Calliess, NJW 1989, 1338; Greive, 1992; W. Hassemer, NStZ 1989, 553; idem, StrV 1990, 328; idem, AK, antes del § 1, nm. 480; Hassemer/Meinberg, NK 1989, 46; Hilgendorf, NStZ 1993, 10; Kindhäuser, Universitas 1992, 227; Prittwitz, StrV 1991, 435; Seelmann, BewHi 1991, 123; idem, KritV 1992, 452.

[21e] Prittwitz, 1993, 384.

[21f] W. Hassemer, ZRP 1992, 381; cfr. tb. idem, 1991, 329.

[21g] W. Hassemer, ZRP 1992, 383.

[21h] Naucke, KritV 1993, 135, 158, 161. Su discípulo Runte critica tal evolución en su investigación sobre la modificación de las causas de justificación: Die Veränderung von Rechtfertigungsgründen, 1991, *passim*.

[21i] P. A. Albrecht, KritV 1993, 163, 180.

de la pretensión de control preventivo abarcándolo todo" y por un giro simultáneo "hacia formas adecuadas de control..., que ya están disponibles en el Derecho civil, el Derecho público y el Derecho social".

23d Stratenwerth [21j], en su ponencia inaugural en las Jornadas de Profesores de Derecho penal celebradas en Basilea en 1993, ha propuesto una "tercera vía" para resolver la cuestión del "aseguramiento del futuro con los medios del Derecho penal". A este respecto se pronuncia en contra de "un Derecho penal puramente funcionalista", que, descuidando las tradicionales garantías del Estado de Derecho, "sólo se orientaría a la finalidad de lograr una defensa lo más eficaz posible frente a los riesgos que amenazan el futuro". Según él, la pena sigue estando "vinculada a reglas diferenciadas de imputación"; y si se desliga de ellas, ya no será una pena, aunque mantuviera tal etiqueta. Pero rechaza igualmente la retirada del Derecho penal del terreno del aseguramiento del futuro propagada por la Escuela de Frankfurt: "Que haya que renunciar a la pena, que es la sanción... más dura que conoce nuestro Derecho, precisamente allí donde están en juego intereses vitales no sólo de los individuos, sino de la humanidad en su totalidad, es algo que considero... inadmisible". En su lugar recomienda ir más allá de la protección de bienes jurídicos, anclada en el pensamiento antropocéntrico, y —p.ej. en cuestiones de medio ambiente o de tecnología genética— "proteger contextos de la vida como tales, sin que esa necesidad se pueda reconducir a los intereses reales de cualesquiera participantes". Por eso propone proteger jurídicopenalmente "normas de conducta referidas al futuro" sin "retro-referencia a intereses individuales". En su opinión, la teoría jurídicopenal de la imputación, orientada al bien jurídico, no se puede trasladar sin modificaciones a ese nuevo campo de problemas, en el que es necesario un prolongado trabajo en los detalles, pero se puede llegar a soluciones materialmente defendibles "en los delitos relativos al futuro, desde el punto de partida esbozado, en las cuestiones de causalidad y resultado, dolo y conciencia del injusto, autoría y participación, o también de responsabilidad penal de las empresas".

23e Todas éstas son perspectivas atrevidas, que no cabe juzgar en detalle mientras la "nueva" dogmática, que no podría sustituir, sino sólo complementar a la tradicional, ni siquiera sea reconocible en sus perfiles y no se pueda revisar en cuanto a su conformidad con el Estado de Derecho. Es cierto que, como el "futuro" se ve puesto en peligro menos por personas individuales que por colectividades, habrá que desarrollar sobre todo en este campo nuevas estructuras de imputación, como pone de relieve la discusión vivamente apasionada sobre el Derecho penal de las personas jurídicas (cfr. § 8, nm. 56a-c). Pero debe reflexionarse sobre el hecho de que para el mantenimiento de la vida en nuestro planeta los "tipos penales referidos al futuro" sólo podrán realizar una pequeña aportación. En este campo, junto con convenios internacionales y trabajo informativo para cambiar las mentalidades, tendrá que entrar en juego el instrumental de política social de todo el ordenamiento jurídico. Es decir que, aunque nos viéramos forzados a ir aquí y allá más lejos de la protección de bienes jurídicos concretos y a proteger jurídicopenalmente "contextos de la vida" mediante "normas de conducta relativas al futuro", seguiría siendo válido en esa medida el principio de subsidiariedad (nm. 28 ss.). No obstante, aquí se van abriendo paso evoluciones que probablemente cobren gran importancia en el Derecho penal del siglo XXI; pero a lo sumo conducirán a una cierta relativización, y no a un abandono de la idea de bien jurídico.

VIII. Bien jurídico y objeto de la acción

24 El bien jurídico debe distinguirse del concreto objeto de la acción. Así p.ej., en la falsedad documental (§ 267) el bien jurídico protegido es la pureza del tráfico probatorio, pero el objeto de la acción es el documento falsificado en el caso concreto. El objeto de la acción en el hurto es la cosa ajena sustraída,

[21j] Stratenwerth, ZStW 105 (1993), 679. Las citas se encuentran en las pp. 685 s., 688, 692, 694 s.

y el jurídico protegido, la propiedad y la posesión. A veces parecen coincidir objeto de la acción y bien jurídico, como en los delitos de homicidio, en que la vida humana es tanto el objeto de la agresión como el bien jurídico protegido. Pero esto sólo es así aparentemente; pues el objeto de la acción es la persona concreta cuya vida individual es agredida, mientras que el bien jurídico protegido es la vida humana como tal. Bien jurídico, por tanto, es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es lesionable sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción.

IX. ¿Son nulas las leyes penales que no protegen bienes jurídicos?

Aún no está definitivamente aclarada la cuestión de si la concreción del **25**
concepto material de delito lograda mediante la limitación a la protección de bienes jurídicos tiene sólo efectos políticocriminales, o también jurídicamente vinculantes, con la consecuencia de que sea inválida una norma jurídicopenal que la infrinja. Es cierto que la nulidad de las leyes arbitrarias (nm. 10) no encontrará ninguna contradicción. Pero en cambio, en el caso de normas penales que protegen la "moral" o determinados "valores" (nm. 11 s.), muchos intentan apoyar su validez jurídica invocando la "ley moral", por la cual según el art. 2 I GG se restringe el libre desarrollo de la personalidad. Y así también el BVerfG (E 6, 389 ss., 434), cuando afirmó la constitucionalidad de la norma penal, vigente hasta 1969, contra la homosexualidad entre adultos (§ 175 v. a.), apeló a la tesis de que la ley moral puede "legitimar una intromisión del legislador en la libertad humana que, si no, sería ilícita o de dudosa licitud". Esta opinión no se puede compartir [21k], porque la protección de normas morales, religiosas o ideológicas, cuya vulneración no tenga repercusiones sociales, no pertenece en absoluto a los cometidos del Estado democrático de Derecho, que por el contrario también debe proteger las concepciones discrepantes de las minorías y su puesta en práctica. Por ello habrá que interpretar el concepto de la ley moral que en el art. 2 I GG restringe la libertad general de actuación, partiendo del contexto de la Constitución, en el sentido de que dicho concepto "sólo comprende aquellas normas morales elementales, cuya observancia" es precisa "no sólo por ellas mismas, sino también para evitar consecuencias socialmente nocivas" [22].

[21k] Aprob. Jäger, Schüler-Springorum-FS, 1993, 240, que querría ver recogida en la GG la restricción del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos o a la evitación de daños sociales.

[22] Rudolphi, Honig-FS, 1970, 161; en el resultado tb. Amelung, 1972, 315.

X. ¿Puede estar obligado el legislador a castigar lesiones de bienes jurídicos?

26 Un problema similar, en cuanto que tampoco está suficientemente resuelto, es el de si y, en su caso, con qué requisitos el legislador puede estar incluso obligado a penar una conducta lesiva de bienes jurídicos. Lo que es seguro es que por regla general no existe un mandato constitucional de punición que vaya más allá del art. 26 I GG [23]. Por el contrario, la ponderación entre bien común y libertad individual, así como la delimitación de libertades individuales en colisión, es asunto del legislador, cuyos márgenes de decisión son mucho mayores que los terrenos en que está vinculado. Aquí también es en gran medida cuestión del prudente criterio del legislador decidir si quiere proteger un bien jurídico jurídicopenalmente o con medios del Derecho civil y del Derecho público; e incluso tienen prioridad las posibilidades de protección extrapenal que sean suficientemente eficaces (cfr. al respecto nm. 28 ss.). Así por ejemplo, la privación temporal de una cosa, o sea la sustracción de una cosa ajena sin ánimo de apropiación, en Derecho alemán no es punible por regla general (aunque sí es antijurídica según el § 858 I del BGB [Código Civil] como realización arbitraria de la propia fuerza, y en su caso obliga a la reparación del daño); así pues, quien antes del concierto decisivo le sustraiga a un violinista el instrumento con el que sólo éste ha practicado, pero se lo quiera devolver después, saldrá impune de este hecho. Se puede discutir si no sería más adecuado el castigo en un caso como éste; pero no se puede afirmar que el legislador está obligado a crear un precepto así.

27 Sin embargo, el BVerfG, en la conocida polémica jurídica en torno a la legislación sobre el aborto, ha declarado inconstitucional la llamada solución de los plazos (es decir, la impunidad del aborto en los tres primeros meses del embarazo) con la fundamentación de que el legislador no puede renunciar por completo a la protección mediante el Derecho penal; y añadiendo que el mismo puede, "en el caso extremo, es decir si no se puede lograr de ningún otro modo la protección requerida por la Constitución,... estar obligado a interponer el medio del Derecho penal para proteger la vida que se está desarrollando" (BVerfGE 39, 1, 45). Esta posición merece aprobación para el caso de destrucción de bienes jurídicos fundamentales bajo los estrictos presupuestos mencionados [24]; pues en otro caso el Estado se podría sustraer a su

[23] Art. 26 I GG: "Las acciones que sean idóneas para y ejecutadas con la intención de perturbar la convivencia pacífica de los pueblos, y especialmente de preparar la ejecución de una guerra de agresión, son inconstitucionales. Y deben ser castigadas penalmente."

[24] El tema va más allá del Derecho penal y sólo se puede tratar de modo completo en conexión con los deberes del Estado de protección de derechos fundamentales reconocidos hoy en Derecho constitucional. De la bibliografía jurídicoconstitucional reciente: Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983; Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985; Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987; Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, 1987; E. Klein, Grundrecht-

cometido de asegurar la coexistencia pacífica de los ciudadanos, y con ello se estaría desahuciando a sí mismo [25]. Sin embargo, la cuestión de si en el caso del aborto la protección de la vida en formación no se habría podido conseguir también o incluso mejor con otros medios distintos de los del Derecho penal, ha seguido siendo polémica. Y también el BVerfG le concede ahora al legislador la posibilidad de proteger la vida en formación por otros medios distintos de los jurídicopenales (BVerfGE 88, 203).

XI. La subsidiariedad de la protección de bienes jurídicos

De lo dicho hasta ahora de desprende ya que la protección de bienes jurí- **28**
dicos no se realiza sólo mediante el Derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema —como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.—. Por ello se denomina a la pena como la *"ultima ratio* de la política social" y se define su misión como protección **subsidiaria** de bienes jurídicos [26]. En la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimionio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza "fragmentaria" del Derecho penal [27].

Esta limitación del Derecho penal se desprende del principo de proporcio- **29**
nalidad, que a su vez se puede derivar del principio del Estado de Derecho de nuestra Constitución: Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer

---

liche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, 1633; Hofmann, Die Pflicht des Staates zum Schutz menschlichen Lebens, F.-W. Krause-FS, 1990, 115; Kriele, Die nicht-therapeutische Abtreibung vor dem Grundgesetz, 1992.

[25] Cfr. sobre la gran controversia existente en la doctrina, con ulteriores citas, Rüpke, Schwangerschaftsabbruch und Grundgesetz, 1975; Müller-Dietz, Dreher-FS, 1977, 97; Arndt/Erhardt/Funke, Der § 218 StGB vor dem Bundesverfassungsgericht, 1979; Badura, Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur Nachbesserung von Gesetzen, Eichenberger-FS, 1982, 481; Driendl, Zur Notwendigkeit und Möglichkeit einer Strafgesetzgebungswissenschaft in der Gegenwart, 1983; v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, t. I, [3]1985, 60.

[26] Cfr. Roxin, JuS 1966, 382 (= Grundlagenprobleme, 13 s.) [= Problemas básicos, 1976, 21 s.; N. del T.]; Arth. Kaufmann, Henkel-FS, 1974, 89 ss. Sobre los límites del concepto de subsidiariedad más en detalle Jakobs, AT[2], 2/26 ss.; sobre la "significación del principio de subsidiariedad para despenalizaciones", Brandt, 1988; P. A. Albrecht, 1992. Sobre las consecuencias para el Derecho penal económico Haffke, KritV 1991, 165.

[27] El origen de la expresión se le atribuye generalmente a Binding, Lehrbuch BT, t. I, [2]1902, 20 ss. Con más detalles sobre ello Maiwald, Maurach-FS, 1972, 9 ss. (con conclusiones parcialmente diferentes).

intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico. Por ejemplo, las infracciones contractuales habituales se pueden compensar muy bien mediante la acción civil y medidas de ejecución forzosa, por lo que sería inadecuado intervenir en esos casos con el Derecho penal. Sólo si alguien perjudica mediante engaño y con ánimo de lucro a la otra parte de un negocio, el bien jurídico del patrimonio individual se ve menoscabado de modo tan consistente que entra en juego el tipo penal de la estafa (§ 263).

30 Aquí hay que ubicar también el problema políticocriminal de la delimitación entre hechos punibles y contravenciones. En virtud de la subsidiariedad de la protección jurídicopenal de bienes jurídicos, el legislador debe estatuir una contravención allí donde una sanción no penal baste para asegurar el fin que persigue. Así sucede sobre todo en caso de delitos que suponen sólo un menoscabo insignificante de bienes jurídicos (cfr. los §§ 111 ss. OWiG). Pero también hay que considerar esa posibilidad cuando una conducta, pese a causar un daño a veces considerable, sólo muestra un escaso contenido de desvalor ético; así en el caso de la imprudencia insignificante, que hoy se castiga muchas veces como infracción criminal, su sanción como contravención podría cumplir la misma función de protección, tanto más cuanto que el deber de indemnización civil despliega un considerable efecto preventivo. En otros casos —p.ej. en algunas formas de conductas nocivas para el medio ambiente— los deberes y sanciones administrativas pueden ser a menudo más eficaces que la persecución penal, que en estos casos frecuentemente tropieza con dificultades para aclarar la responsabilidad individual. También ofrece posibilidades que con mucho no se han agotado aún a efectos de política jurídica la sustitución de soluciones penales por soluciones del Derecho civil. Así tendría pleno sentido —excepto en caso de reincidencia repetida— que los pequeños hurtos en tiendas se compensaran con prestaciones dinerarias al propietario del establecimiento [28]; y para los hurtos en las empresas, en vez de encomendar tales casos a la Justicia penal, se debería disponer de una regulación jurídica para una "justicia en la empresa" de carácter interno [29],

---

[28] Cfr. el Alternativ-Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl (Proyecto Alternativo de Ley contra el hurto en tiendas), 1974; sobre la muy controvertida problemática, que tb. fue objeto de las DJT de 1976, cfr. además solamente Meurer, Bekämpfung des Ladendiebstahls, 1976, y Schoreit (ed.), Problem Ladenbiebstahl, 1979, con ulteriores citas; otra bibliografía adicional al respecto se enumera antes del nm. 49.

[29] De la abundante bibliografía cfr. solamente el Alternativ-Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Betriebsjustiz (Proyecto Alternativo de Ley sobre regulación de la justicia en la empresa), 1975, y el volumen colectivo de Kaiser/Metzger-Pregizer, Betriebsjustiz, 1976; otra bibliografía adicional

como la que ya se practica hoy —pero sin suficientes garantías jurídicas— en la mayoría de los casos.

A diferencia de lo que ocurre en la cuestión de la protección de bienes jurídicos, en que el legislador está sometido a obligados límites relativamente estrictos, la idea de subsidiariedad deja abierto un amplio margen de juego al arbitrio del legislador. Es cierto que teóricamente el principio de proporcionalidad es un principio constitucional básico, por lo que la punición de una infracción insignificante podría ser nula por vulnerar la prohibición de exceso; pero en la práctica hay que negar la inconstitucionalidad mientras el legislador tenga disponibles para infracciones de escasa gravedad penas correlativamente benignas. Y si no hay certeza sobre si otros medios más leves (como las meras sanciones civiles) prometen o no un éxito suficiente, al legislador le está atribuida además una prerrogativa de estimación [30]. Por ello el principio de subsidiariedad es más una directriz políticocriminal que un mandato vinculante; es una cuestión de decisión de política social fijar hasta qué punto el legislador debe transformar hechos punibles en contravenciones o si considera adecuada la desincriminación p.ej. del hurto en locales comerciales o en las empresas. Pero de todos modos el concepto material de delito también hace posible en la medida expuesta una crítica legislativa fundada, que es imprescindible para el progreso del Derecho penal. 31

XII. Concepciones discrepantes en la doctrina

Frente a la concepción aquí defendida, una parte de la doctrina le niega a la idea de protección de bienes jurídicos la aptitud para determinar el concepto material de delito (lo que ha de ser así necesariamente entre los partidarios del concepto metodológico de bien jurídico, cfr. nm. 7). Así opina v.gr. Jescheck [31] que hoy el concepto de bien jurídico sirve en muchas ocasiones para limitar el Derecho penal a la sanción de conductas nocivas (y no meramente chocantes) para la comunidad, pero que ésta "no es una cuestión del concepto de bien jurídico, sino de política criminal, que ciertamente está vinculada a la escala jerárquica de los valores en la Constitución, a los deberes de protección derivados de ella y al principio de subsidiariedad del Derecho penal". De modo similar dice Zipf [32], sin recurrir a la idea de la protección de bienes jurídicos, que el "concepto material de delito" está "preconfigurado por el 32

---

al respecto se enumera antes del nm. 49. Rechazando las soluciones sectoriales indicadas aquí y en n. 28, Dölling, 1993, 19 ss., con ulteriores citas; cfr. tb. *infra* nm. 50 *in fine*.

[30] BVerfGE 37, 104 (118); 43, 291 (347); BVerfG NStZ 1989, 478; para más detalles Kuhlen, 1989, 184 ss.

[31] Jescheck, AT^4, § 26 I 2.

[32] Zipf, ^{2}1980, 107.

ordenamiento constitucional y por la teoría del Derecho penal. A ese respecto tiene especial importancia la toma de posición a favor de un modelo pluralista del Estado y de la sociedad... En nuestro actual orden social el delito no puede originarse por una ideología discrepante o por una orientación moral diferente". Todo ello contiene elementos esenciales de la teoría que también se defiende aquí. Pero su ubicación dentro del principio de la protección subsidiaria de bienes jurídicos permite una sistematización y concreción de los diversos puntos de vista, sin la que tales declaraciones se quedan fácilmente en lo no vinculante; y así efectivamente Zipf [33], p.ej., no ve en el concepto material de delito un "límite jurídico para el legislador penal", sino que sólo le atribuye una "función de modelo rector".

33 Por otra parte, Amelung [34] pretende basar el concepto material de delito en una teoría del daño social —que debe evitarse mediante conminación penal—, para cuya precisión en su contenido recurre a la moderna teoría de los sistemas sociales (sobre todo Parsons). Ahora bien, esa atención a la funcionalidad para el sistema de una conducta conduce a que se proteja a la persona no por sí misma, sino sólo en interés de la sociedad [35], a la que por tanto también se la podría sacrificar sólo con que el sistema permanezca inalterado. Para eludir esa consecuencia, que es radicalmente contrapuesta a la dirección liberal de la idea del bien jurídico, Amelung quiere restringir su concepción mediante las decisiones valorativas fundamentales de la Ley Fundamental (sobre todo los arts. 1 y 2 GG) [36]. De ese modo puede llegar a resultados similares a los que aquí se defienden; pero la restricción —materialmente necesaria— está en contradicción con el punto de partida y oculta la idea de que el Estado existe para el individuo, que ha de ser protegido por sí mismo y no como parte de todo el sistema social [37].

34 Welzel [38] sostiene la opinión de que "la misión central" del Derecho penal no consiste en la protección de bienes jurídicos, sino en asegurar la "vigencia de los valores del acto éticosociales positivos, como el respeto a la vida, salud, libertad, propiedad ajenas, etc.". La "misión primaria del Derecho penal" no es la protección actual de bienes jurídicos, sino "garantizar" la observancia "de los valores del acto de una actitud interna jurídica" [39]; sin embargo considera "incluida" la "protección de los bienes jurídicos concretos" dentro de la prioritaria protección de los valores elementales de la actitud interna [40].

---

[33] Zipf, ^{2}1980, 110 s.
[34] Amelung, 1972, 330 ss.; aprob. con precaución Stratenwerth, AT^{3}, nm. 57.
[35] Amelung, 1972, 389.
[36] Amelung, 1972, 390; pero idem (1991, 269, 278) opina tb. que la Constitución sólo sujeta un poco al legislador.
[37] Cfr. la crítica de W. Hassemer, ZStW 87 (1975), 161 ss.
[38] Welzel, StrafR^{11}, 2 [= PG, 1987, 12; N. del T.].
[39] Welzel, StrafR^{11}, 3 [= PG, 1987, 13; N. del T.].
[40] Welzel, StrafR^{11}, 4 [= PG, 1987, 15; N. del T.].

Frecuentemente se le reprocha a esa concepción que se aparta del Derecho penal del hecho y conduce a un Derecho penal de la actitud interna; pero la verdad es que sin razón: pues Welzel no pretende imponer cualesquiera actitudes internas "positivas" por medio del Derecho penal, sino sólo el respeto de los bienes jurídicos protegidos en el Código Penal y el reconocimiento de las normas. Pero ello muestra también que Welzel confunde medios y fines y que su teoría en sus resultados apenas se distingue de la teoría aquí mantenida. En efecto, la estabilización de las normas en la conciencia de la comunidad pertenece sin duda, como "prevención general positiva", a los cometidos del Derecho penal (cfr. para más detalles § 3, nm. 26 s.), y no a otra cosa conducen las formulaciones de Welzel. Pero la creación de respeto a la vida o propiedad ajena, etc., naturalmente no se produce como fin en sí mismo, sino para evitar daños a bienes jurídicos; con lo que sólo es medio para el fin de la protección de bienes jurídicos. 35

Tampoco es equivocada, pero sí que da lugar a malentendidos similares, la posición que sitúa con el mismo rango la "infracción del deber" junto a la lesión del bien jurídico [41]. Cuando p.ej. Jescheck pretende que "protección de bienes jurídicos y protección de los valores éticosociales de la acción" se "conciban como cometidos equivalentes... del Derecho penal", coincide con la concepción de Welzel, pero con la diferencia de que renuncia a concederle prioridad al aseguramiento de los valores de la acción. No obstante, lo dicho sobre la teoría de Welzel vale también frente a esta concepción: la corrección de la actitud interna es un medio para la protección de bienes jurídicos, y no algo que esté autónomamente junto a ella. Por otra parte, cuando Lenckner alude a que el delito también supone un desvalor de la acción y de la actitud interna, que sintetiza bajo el concepto de la "infracción del deber", con ello no se está diciendo sino que el hecho punible ha de ser antijurídico y culpable (más detalles al respecto § 7); pero eso no cambia para nada el hecho de que la punición de delitos (que sin duda presuponen antijuridicidad y culpabilidad) sólo sirve para proteger bienes jurídicos. 36

Jakobs [42] opina que "las modalidades de tipo objetivo y subjetivo irrelevantes para que haya una lesión de bienes", así como los delitos especiales, no se podrían explicar si el fin de las normas se busca únicamente en la protección de bienes jurídicos. Y efectivamente son impunes p.ej. el perjuicio patrimonial sin ánimo de lucro y la sustracción de una cosa sin ánimo de apropiación, a pesar de que la lesión del bien jurídico es la misma que en la estafa (§ 263) o en el hurto (§ 242). Pero si se considera que el cometido del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, ello no quiere decir que tenga que castigarse toda lesión de bienes jurídicos sin tener en cuenta las modalidades de 37

---

[41] Jescheck, AT[4], § 1 III; Sch/Sch/Lenckner[24], antes de los §§ 13 ss., nm. 11.
[42] Jakobs, AT[2], 2/16 ss.

la misma; sino que hay que recordar que el Derecho penal sólo protege los bienes jurídicos subsidiariamente y que debe abstenerse de intervenir cuando, como sucede en caso de falta de ánimo de lucro o de apropiación, el problema se puede solucionar con los medios del Derecho civil. También es cierto que difícilmente se podrá negar que los delitos especiales propios, como la prevaricación (§ 336) o la gestión desleal (§ 266), protegen bienes jurídicos; sólo que esos bienes jurídicos no pueden ser lesionados por cualquier persona.

38 Prescindiendo de tales diferencias de opiniones (no centrales), la misión del Derecho penal como protección de bienes jurídicos es ampliamente reconocida en la doctrina moderna [43]. Sin embargo, no se ha ganado mucho con ello, ya que el concepto de bien jurídico, aunque no se lo reduzca a la *ratio legis* (nm. 7), se describe del modo más diverso y frecuentemente resulta bastante vaga su operatividad para la elaboración de un concepto material de delito. Así se caracteriza el bien jurídico como "bien vital" reconocido socialmente como valioso [44], como "valor jurídico" o "interés jurídico" [45], como interés jurídicamente reconocido "en un determinado bien como tal en su manifestación general" [46], como "la pretensión de respeto emanada de supuestos de hecho valiosos, en la medida en que los órganos estatales han de reaccionar con consecuencias jurídicas ante su lesión no permitida" [47], o como "unidad funcional valiosa" [48]. Y Kienapfel [49] denomina bienes jurídicos a "valores, instituciones y estados jurídicopenalmente protegidos, que son imprescindibles

---

[43] Así tb. Arm. Kaufmann, 1983, 5, constata que "en la ciencia del Derecho penal no se discute seriamente el principio de que la protección de bienes jurídicos es la misión del Derecho penal", y Maurach/Zipf, AT/1[8], 19/5, opinan: "Da la impresión de que el concepto de bien jurídico, siempre puesto en duda y hostilizado, se ha impuesto en lo esencial en el pensamiento jurídico actual". Tb. Jakobs, AT[2], 2/24, pese a su crítica opina que no parece que se vaya a "ganar nada por rechazar esa teoría y precisar el delito, sin pasar por un bien jurídico, mediante la dañosidad social de la conducta". Kienapfel, AT[4], 39, opina que la idea del bien jurídico pertenece, "pese a algunos adversarios, hoy más que nunca a los pilares inconmovibles del edificio doctrinal del Derecho penal". A favor de la protección de bienes jurídicos como misión primaria del Derecho penal tb. Lenckner/Schittenhelm, 1989, 17, y AK-Hassemer, antes del § 1, nm. 243 ss., que ofrece una amplia panorámica sobre el estado de la discusión. Manifiestan un escepticismo de principio frente al concepto de bien jurídico, además de Amelung, 1972, 330 ss., sobre todo Bockelmann/Volk, AT[4], § 3 II. Le atribuye sólo una modesta operatividad al concepto de bien jurídico W. Frisch, Stree/Wessels-FS, 1993, 71 ss. Para una panorámica sobre los intentos de determinación conceptual de bien jurídico y objeto del hecho cfr. Suhr, JA 1990, 303. Müller-Dietz, Rud. Schmitt-FS, 1992, 115, registra un "saldo más bien decepcionante" del debate sobre el bien jurídico y ofrece una instructiva panorámica sobre los restantes efuerzos por delimitar el Derecho penal partiendo de otras bases muy variadas. Sobre "límites de Derecho natural a la conducta merecedora de pena": "Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens" (con especial consideración de Kant) trata el trabajo de Kühl, Spendel-FS, 1992, 75.

[44] Sch/Sch/Lenckner[24], antes de los §§ 13 ss., nm. 9.

[45] Baumann/Weber, AT[9], § 12 II 3 a.

[46] Maurach/Zipf, AT/1[8], 19/12.

[47] Schmidhäuser, StuB AT[2], 5/27.

[48] SK[5]-Rudolphi, antes del § 1, nm. 8; similar Otto, AT[4], § 1 II 3 b.

[49] Kienapfel, AT[4], 39.

para la ordenada convivencia humana". Debido a estas divergencias, que frecuentemente son difícilmente precisables en cuanto a su alcance, el relativo consenso sobre el cometido jurídicopenal de la protección de bienes jurídicos reposa sobre fundamentos inseguros. Por eso el concepto material de delito y la teoría del bien jurídico siguen contándose aún hoy entre los problemas básicos menos clarificados con exactitud del Derecho penal.

XIII. La delimitación por su contenido entre la pena y otras sanciones similares a las penales

1. Delimitación respecto de la multa del Derecho contravencional

Bibliografía: Frank, Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt, ZStW 18 (1898), 733; J. Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902; E. Wolf, Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, Frank-FS, t. II, 1930, 516; Lange, Ordnungswidrigkeiten als Vergehen, GA 1953, 3; Lange, Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, JZ 1956, 73; Lange, Die Magna Charta der anständigen Leute, JZ 1956, 519; Lange, Nur eine Ordnungswidrigkeit?, JZ 1957, 233; Jescheck, Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, JZ 1959, 457; Eser, Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, tes. doct. Würzburg, 1961; Danschacher, Die theoretischen Grundlagen einer Abgrenzung zwischen krimineller Straftat und Ordnungsverstoß, tes. doct. Hamburg, 1963; Michels, Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung, 1963; Krümpelmann, Die Bagatelldelikte, 1966; Göhler, Das neue Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, JZ 1968, 583, 613; Eb. Schmidt, Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, Arndt-FS, 1969, 415; Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; Mattes, Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten, ZStW 82 (1970), 25; R. Schmitt, Ordnungswidrigkeitenrecht, 1970; Cramer, Grundbegriffe des Rechts der Ordnungswidrigkeiten, 1971; Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, vol. 1, Geschichte und Rechtsvergleichung, 1971; Tiedemann, Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat, ÖJZ 1972, 285; Rotberg, Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, [5]1975; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, t. 1, 1976, 115; Knapp, Das Recht der Ordnungswidrigkeiten, JuS 1979, 609; Hirsch, Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland, ZStW 92 (1980), 218; U. Weber, Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt, ZStW 92 (1980), 313; Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, vol. 2, Geltendes Recht und Kritik, 1982; Bohnert, Die Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts, Jura 1984, 11; Delmas-Marty, Die juristischen und praktischen Probleme der Unterscheidung von kriminellem Strafrecht und Verwaltungsstrafrecht, ZStW 98 (1986), 794; Rebmann/Roth/Herrmann/Förster, Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, [2]1988; Boujong (ed.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 1989; Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, [10]1992.

De lo expuesto sobre el concepto material de delito resulta ya que los hechos 39
punibles y las contravenciones no se distinguen por la presencia o falta de una lesión de un bien jurídico (nm. 4, 6), puesto que ambos lesionan bienes jurídicos. En cambio, como también se ha expuesto ya (nm. 30), el principio de subsidiariedad es el criterio de delimitación por su contenido. El legislador debe recurrir a la contravención y a la multa administrativa, en vez de a la incriminación y a la pena, cuando la perturbación social pueda anularse con la sanción menos onerosa (por evitar la pena de prisión y en todo caso los antecedentes penales) del Derecho contravencional mejor o tan bien como con la pena. A veces queda descartada de antemano la pena como sanción: puesto

que la misma sólo se les puede imponer a los hombres (cfr. más en detalle § 8, nm. 54 ss.), las personas jurídicas y las agrupaciones de personas sólo pueden ser sancionadas con multas contravencionales —a veces muy elevadas— (§ 30 OWiG). Pero en la mayoría de los casos la sanción de una conducta como contravención se presenta como posibilidad adecuada cuando una infracción de la ley hace precisa ciertamente una reacción estatal, pero por su menor peligrosidad social ya no una pena criminal (cfr. los supuestos de los §§ 111 ss. OWiG). Así p.ej., el hecho de indicar un nombre falso a las autoridades (§ 111 OWiG), o los de penetrar indebidamente en instalaciones militares (§ 114 OWiG), de provocar un ruido inadmisible (§ 117 OWiG) o de otra molestia grosera a la comunidad (§ 118 OWiG), no se pueden simplemente tolerar; pero para impedir tales conductas basta con la multa administrativa.

40 De ello se deriva que no existe una diferencia cualitativa para una precisa separación entre hechos punibles y contravenciones (cfr. ya nm. 4, 14). Es cierto que la sent. BGHSt 11, 264, opinaba todavía, invocando a Goldschmidt y Erik Wolf (nm. 4), que la doctrina ha "hallado una diferencia material entre esas dos clases de injusto. El injusto criminal merece un especial juicio de desvalor ético, mientras que el ilícito administrativo se agota en la mera desobediencia a una orden administrativa". Pero es fácil darse cuenta de que las contravenciones del Derecho de la circulación (§§ 49 StVO, 69 a StVZO) en gran parte, aunque sea en forma de infracciones de peligro abstracto, protegen la vida y la salud y no constituyen de ningún modo una mera "desobediencia a una orden administrativa". Por otra parte, muchos delitos contra el medio ambiente consisten en infracciones de "órdenes administrativas", sin que por ello carezcan de carácter criminal. Tampoco se puede decir que los hechos delictivos necesariamente son éticamente reprobables, y que en cambio las contravenciones son éticamente neutras; pues quien p.ej. circula por la mitad izquierda de la calzada o se excede conscientemente de la velocidad máxima permitida (§§ 2, 3, 49 I n.ºs 2 y 3 StVO), se comporta de un modo que no es en absoluto éticamente irreprochable. Al contrario, el juicio de desvalor ético en las contravenciones sólo es menor que el de los hechos punibles en la medida en que disminuye su peligrosidad social.

41 Así pues, la diferencia entre hechos punibles y contravenciones es predominantemente de tipo cuantitativo, y no cualitativo. Ello concuerda —frente a la posición en la que se basó la distinción en sus orígenes— actualmente con la opinión absolutamente dominante [50]. No obstante hay un límite, más allá del cual la cantidad se transforma en cualidad: así no es planteable castigar un asesinato, una toma de rehenes o un atraco a un banco sólo como contravenciones. En el campo nuclear del Derecho penal las exigencias de la protección subsidiaria de bienes jurídicos requieren necesariamente un castigo

[50] Cfr. n. 54.

penal en caso de delitos de un cierto peso [51]. Pero en cambio, aunque en principio se incluyan conductas como el hurto y la estafa en el "ámbito nuclear" y por ello se le asignen al Derecho penal, nada se opondría a que los casos de bagatelas en este campo (como p.ej. el anterior "hurto de comestibles", que actualmente está configurado de forma modificada como delito perseguible sólo mediante denuncia) se calificaran como contravenciones [52].

De ahí se sigue que la delimitación entre delitos y contravenciones ciertamente —como siempre sucede al aplicar el principio de subsidiariedad— queda sometida en un amplio terreno fronterizo al arbitrio del legislador (cfr. nm. 31) y no obedece a leyes vinculantes en cuanto a contenidos, pero que en el caso de delitos graves en el ámbito nuclear de la delincuencia la punibilidad está absolutamente prefigurada por criterios de contenido [53]. Por ello, respecto de la delimitación por su contenido se debería hablar más bien, no de una consideración cuantitativa, sino de una consideración mixta cualitativo-cuantitativa [54]. 42

2. Delimitación respecto de las medidas disciplinarias

Bibliografía: Stock, Entwicklung und Wesen des Amtsverbrechens, 1932; Eb. Schmidt, Strafrecht und Disziplinarrecht, Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung 1950, 859; Thieme, Vom Wesen des Disziplinarrechts, DVBl 1957, 769; Kugler, Ist das Disziplinarrecht verfassungswidrig?, ZBR 1960, 33; Behnke, Disziplinarrecht und Strafrecht, ZBR 1963, 257; Baumann, Kritische Gedanken zur Disziplinarstrafe, JZ 1964, 612; Hagedorn, Verbot der Doppelbestrafung nach Wehrdisziplinarrecht und (Wehr-) Strafrecht?, NJW 1965, 902; Wiese, Der Verfassungssatz ne bis in idem —Art. 103 III GG— und das Verhältnis von Kriminalrecht und Dienststrafrecht, VerwArch 56 (1965), 203, 354; Arndt, Der Zweck der Disziplinarstrafe, DÖV 1966, 809; Baumann, Der Lichtblick im Disziplinarrecht, JZ 1967, 657; Ostler, Neues im Disziplinarrecht, NJW 1967, 2033; Arndt, Der disziplinarrechtliche Grundtatbestand, DÖV 1968, 39; Dau, Der Begriff des Dienstvergehens und sein Verhältnis zum Straftatbestand, DVBl 1968, 62; Fliedner, Die "Straf"-zwecke der Disziplinarmaßnahmen, ZBR 1969, 208; Barth, Dienstbegriff und außerdienstliches Verhalten im Wehr-, Disziplinar- und Strafrecht, Honig-FS, 1970, 1; Behnke, Bundesdisziplinarordnung, ^{2}1970; Claussen/Janzen, Bundesdisziplinarordnung, ^{5}1985; Ukena, Disziplinarrecht und Verbot der Doppelbestrafung, ZBR 1987, 208; Fleig, Das Verbot der Doppelbestrafung im Disziplinarverfahren, Verwaltungsblatt für Baden-Württemberg, 1989, 86; Dau, Wehrdisziplinarordnung, ^{2}1990.

---

[51] Así tb. p.ej. Maurach/Zipf, AT/1^{8}, 1/35; Jakobs, AT^{2}, 3/10.

[52] De otra opinión en este campo, sobre todo Jakobs, AT^{2}, 3/10, según el cual "un desplazamiento de la pequeña criminalidad contra la propiedad y el patrimonio al terreno de las contravenciones" no puede admitirse "en tanto que el principio de protección de la propiedad y el patrimonio deba pertenecer al ámbito nuclear".

[53] En este sentido tb. BVerfGE 27, 18 ss., 29 s.

[54] A favor de una consideración mixta cualitativo-cuantitativa: Jakobs, AT^{2}, 3/9; Maurach/Zipf, AT/1^{8}, 1/35; Jescheck, AT^{4}, § 7 V 3 b; Sch/Sch/Stree^{24}, antes del § 38, nm. 35; Lang-Hinrichsen, H. Mayer-FS, 1966, 61; Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, ^{10}1992, antes del § 1, nm. 6; Rebmann/Roth/Herrmann/Förster, Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, ^{2}1988, antes del § 1, nm. 8. A favor de la teoría cuantitativa: Schmidhäuser, LB AT^{2}, 8/107; Stratenwerth, AT^{3}, nm. 42; Baumann/Weber, AT^{9}, § 4 I 2; Krümpelmann, 1966, 166. A favor de la teoría cualitativa: Bohnert, en: Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ornungswidrigkeiten, 1989, Intr., nm. 110.

43 Las medidas disciplinarias sirven para el funcionamiento de organizaciones estatales (sobre todo el funcionariado, el ejército y la Administración penitenciaria) y de profesiones (p.ej. los abogados y médicos) especialmente importantes. A ese respecto el Derecho disciplinario está regulado separadamente y en cada caso de modo diferente para cada organización y cada profesión, por lo que aquí no es posible una enumeración de las bases jurídicas ni siquiera medianamente exhaustiva. Indicaremos sólo algunos ejemplos importantes: Respecto de los funcionarios federales rige la Ordenanza disciplinaria federal *(Bundesdisziplinarordnung)* en versión de 20-7-1967, pero que regula sólo las sanciones disciplinarias (reprensión, multa, disminución del sueldo, traslado, separación del servicio, disminución o privación de la pensión de jubilación) y el procedimiento, mientras que las infracciones en el servicio que dan lugar a una sanción disciplinaria se contienen en los §§ 52 ss. BBG y 35 ss. BRRG. A los soldados y militares se les aplica la Ordenanza disciplinaria militar de 4-9-1972 (*Wehrdisziplinarordnung:* WDO), mientras que el concepto de falta en el servicio como tal se contiene en el § 23 SoldG; simples medidas disciplinarias son la reprensión, reprensión grave, multa disciplinaria, restricción de permisos de salida o arresto disciplinario (§ 18 WDO). Para los jueces hay que acudir a los §§ 63 ss. DRiG, y para los presos, a los §§ 102 ss. StVollzG (cfr. § 1, nm. 11).

44 De modo absolutamente general se considera el injusto disciplinario no como "un mero *minus* frente al injusto criminal", sino como "un *aliud* por principio" [55]: "Al contrario de la pena criminal, la medida disciplinaria no puede ser retribución por el hecho cometido..., sino únicamente medio de corrección y medida de protección". Pero esta construcción, que pretende justificar la acumulación de pena y medida disciplinaria y eludir la prohibición del doble castigo (art. 103 III GG), resulta frágil ya por el hecho de que tampoco se puede concebir la pena como retribución [56] (para más detalles § 3, nm. 8 ss.). Realmente la delimitación partiendo del objeto de la conducta incorrecta es más bien de tipo cuantitativo y obedece al principio de subsidiariedad: La cuestión depende de si una falta cometida dentro de una organización o de una profesión afecta tanto a la comunidad que hay que reaccionar contra ella con una pena criminal, o si se puede resolver con los medios más benignos de la disciplina interna. Así p.ej., un funcionario que incurre en cohecho conmociona tanto la confianza de la comunidad en la fiabilidad de la Administración estatal, que dicha conducta ha de ser castigada con pena criminal. En cambio, otras faltas en el servicio afectan menos a los intereses de la comunidad, por lo que cabe conformarse con medidas disciplinarias internas.

---

[55] Cfr. por todos Maurach/Zipf, AT/1[8], 1/17 s.

[56] Críticamente frente a la doc. dom. sobre todo Jakobs, AT[2], 3/11 ss.

Sin embargo, en su configuración el Derecho disciplinario se distingue del Derecho penal en que renuncia en gran medida a tipos exactamente descritos y en que está "orientado al autor". Cuando p.ej. el § 54 BBG dispone que el funcionario ha de "aplicarse con plena dedicación a su oficio; deberá administrar su cargo desinteresadamente y a plena conciencia; su comportamiento dentro y fuera del servicio ha de ajustarse al respeto y la confianza que su profesión requiere", una conducta que infrinja ese precepto no está descrita con la exactitud que requeriría un tipo penal según el art. 103 II GG. Además, la medida disciplinaria sirve unilateralmente para incidir sobre el autor (o sea, para la prevención especial), mientras que la pena criminal pretende esencialmente también la incidencia sobre la generalidad (prevención general). 45

Según el Derecho vigente, se pueden imponer cumulativamente penas y medidas disciplinarias, ya que el art. 103 III GG solamente prohíbe que una conducta sea "castigada más de una vez con base en las leyes penales generales". Ello es insatisfactorio en muchos aspectos, porque la verdad es que materialmente acaba llevando a una doble sanción. Por eso BVerfGE 21, 379 ss., ha resuelto en el sentido de que al menos una privación de libertad disciplinaria (el arresto disciplinario para los soldados y militares) debe computarse a una pena de prisión. Y el § 8 WDO prescribe ahora obligatoriamente para el caso inverso que en caso de "imposición de un arresto disciplinario... debe computarse otra privación de libertad impuesta"; y también en otros casos, junto a una pena "sólo se impondrán simples medidas disciplinarias, o la disminución de sueldo o de la pensión de retiro, si ello es necesario adicionalmente para mantener el orden militar o si se ha dañado seriamente el prestigio del ejército federal". Una regulación similar se contiene en el § 14 de la Ordenanza disciplinaria federal respecto de los funcionarios. 46

3. Delimitación respecto de los medios coactivos y de orden de las leyes procesales y leyes análogas

Los medios de orden son sanciones que se imponen por conductas que infringen el orden del proceso. Así p.ej. a los testigos o peritos que dejen de comparecer sin excusa, o que se niegen a prestar declaración o juramento, se les puede imponer una multa de orden y en su caso un arresto de orden (cfr. v.gr. los §§ 51, 70 I y 77 StPO, 380, 390 y 409 ZPO). Además existen medios coactivos, mediante los cuales se obliga a realizar una determinada conducta. Así, para obligar a prestar testimonio se puede ordenar el arresto (§§ 70 II StPO, 390 II ZPO). Para que lleve a cabo acciones insustituibles, se puede compeler al deudor mediante multa coactiva y arresto coactivo (§ 888 ZPO); y en el proceso penal se puede imponer la devolución de cosas mediante medios coactivos (§ 95 II StPO), etc. Mientras que los medios de orden han 47

de ejecutarse siempre (aunque p.ej. el testigo comparezca o declare posteriormente), los medios coactivos deben revocarse inmediatamente si la conducta que se pretende obligar a cumplir ha sido prestada ya o si resulta superflua.

48 Sólo los medios de orden guardan alguna similitud con la pena, mientras que los medios coactivos, dado que tienden exclusivamente hacia el futuro, son comparables más bien a las medidas de seguridad del Derecho penal. En cambio, los medios de orden son sanciones, con las que se reacciona ante una conducta prohibida. Así p.ej., según el § 178 I GVG cabe, frente a las "personas que durante la sesión incurran en una conducta improcedente,... imponer y ejecutar de inmediato, a reserva de la persecución en juicio penal, una multa de orden de hasta dos mil marcos o un arresto de orden de hasta una semana". La delimitación por su contenido frente a la conducta punible se deriva aquí también del principio de subsidiariedad. El legislador opina que también puede lograr un desarrollo ordenado del proceso con el medio más benigno de la sanción no penal. Sin embargo, cuando la conducta improcedente constituya delito, se producirá, igual que en el caso del castigo disciplinario, el problema de la doble sanción. Por eso el legislador ha intentado una solución en el § 178 III GVG: "Si por el mismo hecho se impusiere posteriormente una pena, la multa de orden y el arresto de orden se le computarán a la pena".

4. Delimitación respecto de las penas privadas

Bibliografía: Grossfeld, Privatstrafe, 1961; Baur, Betriebsjustiz, JZ 1965, 163; Franzheim, Die Verfassungsmäßigkeit der sogenannten Betriebsjustiz, JZ 1965, 459; Kienapfel, Betriebskriminalität und Betriebsstrafe, JZ 1965, 599; Lange, Gesellschaftsgerichte in Ost und West, H. Mayer-FS, 1966, 497; Meyer-Cording, Betriebsstrafe und Vereinsstrafe im Rechtsstaat, NJW 1966, 225; Ernst, Die Ausübung der Vereinsgewalt, tes. doct. Köln, 1969; Flume, Die Vereinsstrafe, Bötticher-FS, 1969, 101; Weitnauer, Vereinsstrafe, Vertragsstrafe und Betriebsstrafe, Reinhardt-FS, 1972, 179; Westermann, Zur Legitimität der Verbandsgerichtsbarkeit, JZ 1972, 537; Feest, Betriebsjustiz: Organisation, Anzeigebereitschaft und Sanktionsverhalten der formellen betrieblichen Sanktionsorgane, ZStW 85 (1973), 1125; Arzt y otros, Entwurf eines Gesetzes gegen den Ladendiebstahl, Recht und Staat, Heft 439, 1974; Kramer, Ladendiebstahl und Privatjustiz, ZRP 1974, 62; Arzt y otros, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Betriebsjustiz, Recht und Staat, Heft 447/448, 1975; Carstens, Zivilrechtliche Sanktionen gegen Ladendiebe, ZRP 1975, 268; Ulr. Luhmann, Betriebsjustiz und Rechtsstaat, 1975; Arzt, Offener oder versteckter Rückzug des Strafrechts vom Kampf gegen den Ladendiebstahl, JZ 1976, 54; Kaiser/Metzger-Pregizer, Betriebsjustiz, 1976; Meurer, Die Bekämpfung des Ladendiebstahls, 1976; Naucke/Deutsch, Gutachten D und E zum 51. DJT, 1976; Rössner, Strafrechtsreform durch partielle Entkriminalisierung, ZRP 1976, 141; Schoreit, Strafrechtlicher Eigentumsschutz gegen Ladendiebe, JZ 1976, 49, 167; Kuhlmann, Betriebsjustiz und Werkschutz, ZRP 1977, 298; Lohse, Grundgesetz und Betriebsgerichtsbarkeit, Klein-GS, 1977, 288; Schoreit (ed.), Problem Ladendiebstahl, 1979; Wagner, Staatliche Sanktionspraxis beim Ladendiebstahl, 1979; Rosellem/Metzger-Pregizer, Betriebsjustiz und Strafjustiz als alternative Formen der Normdurchsetzung, en: Blankenburg y otros (eds.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, 1980; Zipf, Kriminalpolitik, ²1980, 122; Burgstaller, Der Ladendiebstahl und seine private Bekämpfung, 1981; Rehbinder, Ordnungsstrafen im schweizerischen Arbeitsrecht, Noll-GS, 1984, 257; Dölling, Die Behandlung der Kleinkriminalität in der BRD, en: Lampe (ed.), Deutsche Wiedervereinigung, Arbeitskreis Strafrecht, t. I, 1993, 1;

Hamm, Eigentum im Wandel der Zeiten, KritV 1993, 213; Lampe, Ein neues Konzept für die Kleinkriminalität, etc., en: Lampe (ed.), Deutsche Wiedervereinigung, Arbeitskreis Strafrecht, t. I, 1993, 55.

La pena privada se distingue de la pena criminal en que se basa en un 49
sometimiento voluntario del afectado a la misma. El ejemplo clásico es la pena contractual del § 339 BGB: "Si el deudor le promete al acreedor pagar una suma de dinero como pena para el caso de que no cumpla su obligación o no la cumpla en la forma debida, deberá cumplir la pena si incurre en mora". También son penas privadas las penas de las agrupaciones, que se contienen en los estatutos de algunas agrupaciones o asociaciones y cuya licitud reconoce el miembro con su incorporación a las mismas. La pena privada no vulnera el § 92 GG, porque su imposición no es un acto de la jurisdicción.

La importancia práctica de la pena privada va en aumento; y lo notable po- 50
líticocriminalmente es que en algunos ámbitos se impone en lugar de la pena criminal. Ello sucede sobre todo en el caso de la justicia dentro de la empresa, basada en los convenios colectivos de las empresas, y mediante la cual los delitos menores cometidos en empresas se someten a una regulación interna de la empresa excluyendo la intervención del juez penal. También en el caso de los hurtos en tiendas o comercios, en muchos casos las reclamaciones de indemnización global, incrementadas en una denominada prima de captura, sustituyen a la persecución penal, muy ineficaz en ese ámbito. En principio hay que acoger favorablemente tales desincriminaciones "sectoriales", porque abren un amplio campo de aplicación al principio de subsidiariedad. Sin embargo, para evitar abusos, deberían crearse condiciones marco jurídicas más concretas y establecerse garantías ajustadas al Estado de Derecho. Intentos de ese tipo son los que constituyen los Proyectos de ley contra el hurto en tiendas y comercios (1974) y de ley de regulación de la justicia en la empresa (1975), que han sido publicados por el círculo de los "profesores alternativos" (cfr. § 4, n. 33). En cambio, el grupo de trabajo "Restablecimiento de la unidad del Derecho alemán: Derecho penal" propone un procedimiento frente a faltas intermedio entre el procedimiento de imposición de multa administrativa y el penal para el tratamiento procesal de la pequeña criminalidad (cfr. Lampe, 1993, 55 ss.). Sin embargo, estos intentos y otros similares no han sido hasta ahora capaces de motivar la actuación del legislador.

§ 3. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad

La siguiente relación recoge, de la inabarcable doctrina, las obras más importantes en alemán en los tiempos recientes. La doctrina que se refiere en su mayor parte a la determinación de la pena no se incluye aquí, sino en su lugar correspondiente en el t. II. La doctrina sobre la reforma del Derecho penal, que la mayoría de las veces trata también los problemas fundamentales de las penas y de las medidas de seguridad, se detalla en el § 4.

Bibliografía: v. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht (= Programa de Marburgo"), ZStW 3 (1883), 1 (= Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, t. 1, 1905 [reimpr. 1970], 126); Nagler, Die Strafe, 1918; Bockelmann, Strafe und Erziehung, Gierke-FS, 1950, 27; Preiser, Das Recht zu Strafen, Mezger-FS, 1954, 71; Eb. Schmidt, Vergeltung, Sühne und Spezialprävention, ZStW 67 (1955), 177; Nowakowski, Freiheit, Schuld, Vergeltung, Rittler-FS, 1957, 55; Bockelmann, Schuld und Sühne, ²1958; Hartmann, P.J.A. Feuerbachs politische und strafrechtliche Grundanschauungen, 1958; Stratenwerth, Schuld und Sühne, en: Evangelische Theologie, 1958, 337; Maurach, Vom Wesen und Zweck der Strafe, en: Freudenfeld (ed.), Schuld und Sühne, 1960; Piontkowski, Hegels Lehre über Staat und Recht und seine Strafrechtstheorie, 1960; Bockelmann, Vom Sinn der Strafe, Heidelberger Jahrbücher 1961, 25; Gramatica, Principi di difesa sociale, 1961 (versión alemana: Grundlagen der Défense Sociale, 1965); Naucke, Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, 1962; Noll, Die ethische Begründung der Strafe, 1962; Bockelmann, Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit, ZStW 75 (1963), 372; H. Kaufmann, Gramaticas System der Difesa Sociale und das deutsche Schuldstrafrecht, v. Weber-FS, 1963. 418; Nowakowski, Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Maßnahmen, v. Weber-FS, 1963, 98; Rebhan, Franz v. Liszt und die moderne défense sociale, 1963; Badura, Generalprävention und Würde des Menschen, JZ 1964, 337; Frey (ed.), Schuld, Verantwortung, Strafe, 1964; Naucke, Die Reichweite des Vergeltungsstrafrechts bei Kant, SchlHA 1964, 203; Baumann, Der Schuldgedanke im heutigen deutschen Strafrecht und vom Sinn staatlichen Strafens, en: Kleine Streitschriften zur Strafrechtsreform, 1965, 135; Engisch, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, ²1965; Ancel, La défense sociale nouvelle, ²1966 (versión alemana: Die neue Sozialverteidigung, 1970); Bianchi, Ethik des Strafens, 1966; Bockelmann, Schuld, Schicksal und Verantwortung des Menschen, 1966; Naegeli, Das Böse und das Strafrecht, 1966; Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377 (= Grundlagenprobleme, 1) [= Problemas básicos, 1976, 11]; Arth. Kaufmann, Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, JZ 1967, 553; Klug, Abschied von Kant und Hegel, en: Baumann (ed.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, 36; Roxin, Strafzweck und Strafrechtsreform, en: Baumann (ed.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, 75; Baumann, Schuld und Sühne als Grundprobleme heutiger Strafrechtspflege?; en: Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform, 1969, 110; Bitter (ed.), Verbrechen - Schuld oder Schicksal?, 1969; Henkel, Die "richtige" Strafe, 1969; H. Mayer, Kant, Hegel und das Strafrecht, Engisch-FS, 1969, 54; Noll, Strafe ohne Metaphysik, en: Baumann (ed.), Mißlingt die Strafrechtsreform?, 1969, 48; Roxin, Franz v. Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, ZStW 81 (1969), 613 (= v. Liszt-GS, 1969, 69 = Grundlagenprobleme, 32) [=Problemas básicos, 1976, 37]; Ellscheid/Hassemer, Strafe ohne Vorwurf, Civitas - Jahrbuch für Sozialwissenschaften, t. 9, 1970, 27 (= Lüderssen/Sack (eds.), Abweichendes Verhalten, t. 2, 1975, 266); Hoerster, Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens, GA 1970, 272; Melzer, Die neue Sozialverteidigung und die deutsche Strafrechtsreformdiskussion, 1970; Danner, Tatvergeltung oder Tätererziehung?, ²1971; Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe, ²1971; Volk, Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZStW 83 (1971), 405; Hoerster, Aktuelles in Schopenhauers Philosophie der Strafe, ARSP 1972, 555; Lenckner, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, en: Göppinger/Witter (eds.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, t. I, Parte A, Die rechtlichen Grundlagen, 1972, 3; Melzer, Chancen und Möglich-

keiten der Sozialverteidigung in Deutschland, ZStW 84 (1972), 648; Simson, Behandlung statt Strafe, ZRP 1972, 262; Müller-Dietz, Strafe und Staat, 1973; Roxin, Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, MSchrKrim 56 (1973), 316 (= Madlener y otros [eds.], Strafrecht und Strafrechtsreform, 1974, 281); Calliess, Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1974; Eser, Resozialisierung in der Krise?, Peters-FS, 1974, 505 (= Lüderssen/Sack [eds.], Abweichendes Verhalten, t. 3, 1977, 276); Gössel, Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht, t. 1, 1974; Martinson, What works? Questions and Answers about Prison Reform, 1974; Plack, Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts, 1974; Flechtheim, Hegels Strafrechtstheorie, [2]1975; Haffke, Wird das materielle Strafrecht von dem geplanten Strafvollzugsgesetz unterlaufen?, MSchrKrim 58 (1975), 40; Haffke, Gibt es ein verfassungsrechtliches Besserungsverbot?, MSchrKrim 58 (1975), 246; Arzt, Der Ruf nach Recht und Ordnung, 1976; Engelhardt, Psychoanalyse der strafenden Gesellschaft, 1976; Haffke, Tiefenpsychologie und Generalprävention, 1976; Jakobs, Schuld und Prävention, 1976; Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, [2]1976; Arth. Kaufmann, Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Lange-FS, 1976, 27; Haffke, Hat emanzipierende Sozialtherapie eine Chance?, en: Lüderssen/Sack (eds.), Abweichendes Verhalten, t. 3, 1977, 291; Kaiser, Resozialisierung und Zeitgeist, Würtenberger-FS, 1977, 359; Weigend, Entwicklungen und Tendenzen der Kriminalpolitik in den USA, ZStW 90 (1978), 1083; Jescheck, Die Krise der Kriminalpolitik, ZStW 91 (1979), 1037; Hassemer/Lüderssen/Naucke, Hauptprobleme der Generalprävention, 1979; Lange, Ist Schuld möglich?, Bockelmann-FS, 1979, 261; Stratenwerth, Strafrecht und Sozialtherapie, Bockelmann-FS, 1979, 901; Roxin, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Bockelmann-FS, 1979, 279; Seelmann, Hegels Strafrechtstheorie in seinen "Grundlinien der Philosophie des Rechts", JuS 1979, 687; Jescheck, Der Einfluß der IKV und der AIDP auf die internationale Entwicklung der modernen Kriminalpolitik, ZStW 92 (1980), 997; Neumann/Schroth, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980; Pothast, Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise, 1980; Streng, Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW 92 (1980), 637; Kaenel, Die kriminalpolitische Konzeption von Carl Stooss im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung von Kriminalpolitik und Strafrechtstheorien, 1981; Frisch, Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung, ZStW 94 (1982), 565; Müller-Dietz, Das Marburger Programm aus der Sicht des Strafvollzuges, ZStW 94 (1982), 599; Naucke, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, ZStW 94 (1982), 525; Otto, Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle, 1982; Schild, Strafe - Vergeltung oder Gnade, SchwZStr 99 (1982), 364; Schöch, Das Marburger Programm aus der Sicht der modernen Kriminologie, ZStW 94 (1982), 864; Schreiber, Widersprüche und Brüche in heutigen Strafkonzeptionen, ZStW 94 (1982), 279; Vanberg, Verbrechen, Strafe und Abschreckung, 1982; Weigend, Neoklassizismus - ein transatlantisches Mißverständnis, ZStW 94 (1982), 801; Anttila, Neue Tendenzen der Kriminalpolitik in Skandinavien, ZStW 95 (1983), 739; Burgstaller, Sinn und Zweck der staatlichen Strafe, en: Porstner (ed.), Strafrecht, Vergeltung oder Versöhnung, 1983; Arm. Kaufmann, Die Aufgabe des Strafrechts, 1983; Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983; Mir Puig, Die Funktion der Strafe und Verbrechenslehre im sozialen und demokratischen Rechtsstaat, ZStW 95 (1983), 413; Kaiser, Zweckstrafrecht und Menschenrechte, SchwJZ 1984, 329; Luzón, Generalprävention, Gesellschaft und Psychoanalyse, GA 1984, 392; Müller, Der Begriff der Generalprävention im 19. Jahrhundert, 1984; Schünemann, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, en: Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 153; Albrecht, Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen, ZStW 97 (1985), 831; Bae, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht des StGB, 1985; Müller-Dietz, Integrationsprävention und Strafrecht, Jescheck-FS, t. 2, 1985, 813; Scheffler, Kriminologische Kritik des Schuldstrafrechts, 1985; Schöch, Empirische Grundlagen der Generalprävention, Jescheck-FS, t. 2, 1985, 1081 ss.; Schultz, Krise der Kriminalpolitik?, Jescheck-FS, t. 2, 1985, 791; Simson, Hugo Grotius und die Funktion der Strafe, Blau-FS, 1985, 651; E. A. Wolff, Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97 (1985), 786; Albrecht, Prävention als problematische Zielbestimmung im Kriminaljustizsystem, KritV 1986, 55; Backes, Kriminalpolitik ohne Legitimität, KritV 1986, 315; Frehsee, Verhaltenskontrolle zwischen Strafrecht und Zivilrecht KritV 1986, 105; Griffel, Prävention und Schuldstrafe. Zum Problem der Willensfreiheit, ZStW 98 (1986), 28; Grimm, Verfassungsrechtliche

Anmerkungen zum Thema Prävention, KritV 1986, 38; Arth. Kaufmann, Über die gerechte Strafe, H. Kaufmann-GS, 1986, 425; Köhler, Der Begriff der Strafe, 1986; Kunz, Prävention und gerechte Zurechnung, ZStW 98 (1986), 823; H. Schäfer, Die Prädominanz der Prävention, GA 1986, 49; Baurmann, Zweckrationalität und Strafrecht, 1987; Dreher, Die Willensfreiheit, 1987; Ebert, Talion und Spiegelung im Strafrecht, Lackner-FS, 1987, 399; Frommel, Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion, 1987; W. Hassemer, Prävention im Strafrecht, JuS 1987, 257; Herzog, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, 1987; Köhler, Strafbegründung im konkreten Rechtsverhältnis, Lackner-FS, 1987, 11; Löfmarck, Neo-Klassizismus in der nordischen Strafrechtslehre und -praxis: Bedeutung und Auswirkungen, en: Eser/Cornils (eds.), Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, 15; Roxin, Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?, SchwZStr 104 (1987), 356; Scheffler, Grundlegung eines kriminologisch orientierten Strafrechtssystems, 1987; Backes, Strafrecht und Lebenswirklichkeit, Maihofer-FS, 1988, 41; Ebert, Das Vergeltungsprinzip im Strafrecht, en: Krummacher (ed.), Geisteswissenschaften - wozu, 1988, 35; Frister, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 1988; Gössel, Wesen und Begründung der strafrechtlichen Sanktionen, Pfeiffer-FS, 1988, 3; Hartmann, Prävention und Strafe unter besonderer Berücksichtigung der Verkehrskriminalität, Pfeiffer-FS, 1988, 137; Schüler-Springorum, Die Resozialisierung des normalen erwachsenen Straftäters, Maihofer-FS, 1988, 503; Tiemeyer, Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schuldbegriffs, ZStW 100 (1988), 527; Zipf, Neue Entwicklungen bei der Lehre von den Strafzwecken, en: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, 1988, 143; Bertel, Die Generalprävention, Pallin-FS, 1989, 31; Calliess, Strafzwecke und Strafrecht, NJW 1989, 1338; Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1989 in Trier, ZStW 101 (1989), 908; Fletcher, Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht, ZStW 101 (1989), 803; Griffel, Widersprüche um die Schuldstrafe - Willensfreiheit und Recht, GA 1989, 193; Moos, Positive Generalprävention und Vergeltung, Pallin-FS, 1989, 283; Platzgummer, Strafe, Schuld und Persönlichkeitsadäquanz, Pallin-FS, 1989, 319; Schumann, Positive Generalprävention, 1989; Streng, Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand, ZStW 101 (1989), 273; Zipf, Die Integrationsprävention (positive Generalprävention), Pallin-FS, 1989, 479; Baurmann, Strafe im Rechtsstaat, en: Baurmann/Kliemt (eds.), Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat, 1990, 109; Bielefeldt, Strafrechtliche Gerechtigkeit als Anspruch an den endlichen Menschen. Zu Kants kritischer Begründung des Strafrechts, GA 1990, 108; Bock, Kriminologie und Spezialprävention, ZStW 102 (1990), 504; Burgstaller, Kriminalpolitik nach 100 Jahren IKV/AIDP, ZStW 102 (1990), 637; Dölling, Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion?, ZStW 102 (1990), 1; Foth, Bemerkungen zur Generalprävention, NStZ 1990, 219; Frisch, Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, ZStW 102 (1990), 343; Henke, Utilitarismus und Schuldprinzip bei der schuldunabhängigen Strafe im angelsächsischen Rechtskreis, tes. doct. Bonn, 1990; Kaiser, Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise?, 1990; Kargl, Instrumentalität und Symbolik der positiven Generalprävention, Kriminalsoziologische Bibliographie 1990, Heft 66/67, 105; Küpper, Schopenhauers Straftheorie und die aktuelle Strafzweckdiskussion, en: Schopenhauer-Jahrbuch 1990, t. 71, 207; Mir Puig, Die begründende und die begrenzende Funktion der positiven Generalprävention, ZStW 102 (1990), 914; Schöch, Zur Wirksamkeit der Generalprävention, en: Frank/Harrer (eds.), Der Sachverständige im Strafrecht/Kriminalitätsverhütung, Forensia-Jahrbuch, t. 1, 1990, 95; Vilsmeier, Empirische Untersuchung der Abschreckungswirkung strafrechtlicher Sanktionen, MSchrKrim 1990, 273; Bock, Ideen und Chimären im Strafrecht, Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention, ZStW 103 (1991), 636; Bönitz, Strafgesetze und Verhaltenssteuerung. Zur generalpräventiven Wirksamkeit staatlicher Strafdrohung, 1991; Ebert, Talion und Vergeltung im Strafrecht, en: Jung y otros (eds.), Recht und Moral, 1991, 249; K. Günther, Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts, en: Jung y otros (eds.), Recht und Moral, 1991, 205; Haffke, Zur Ambivalenz des § 21 StGB, R & P 1991, 94; v. Hirsch/Jareborg, Strafmaß und Strafgerechtigkeit, 1991; Klesczewski, Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, 1991; Kühl, Die Bedeutung der Kantischen Unterscheidungen von Legalität und Moralität sowie von Rechtspflichten und Tugendpflichten für das Strafrecht, en: Jung y otros (eds.), Recht und Moral, 1991, 139; Lampe, Recht und Moral staatlichen Strafens, en: Jung y otros (eds.), Recht

und Moral, 1991, 305; Lüderssen, Krise des Resozialisierungsgedankens im Strafrecht?, JA 1991, 222; Roxin, Zur neueren Entwicklung der Kriminalpolitik, Gagnér-FS, 1991, 341; Endres, Einstellung zu Straf- und Sanktionszwecken und ihre Messung, MSchrKrim 1992, 309 ss.; Endres, Sanktionszweckeinstellungen im Rechtsbewußtsein von Laien, 1992; Lampe, Unrecht und Schuld, Sühne und Reue, Baumann-FS, 1992, 21; Schultz, Où est la neige d'antan oder die Strafrechtsreformer von gestern heute, Baumann-FS, 1992, 431; Werner, Die ökonomische Analyse des Rechts im Strafrecht: Eine modernistische Variante generalpräventiver Tendenzen?, KritV 1992, 433; J.-C. Wolf, Verhütung oder Vergeltung, 1992; Frister, Die Struktur des "voluntativen Schuldelements", 1993; Frommel, Umrisse einer liberal-rechtsstaatlichen Normverdeutlichung durch Strafrecht, Schüler-Springorum-FS, 1993, 257; v. Hirsch, Censure and Sanctions, 1993; Küper, Paul Johann Anselm Feuerbach als Zeitgenosse, 140 Jahre GA, 1993, 131; Lampe (ed.), Deutsche Wiedervereinigung, Arbeitskreis Strafrecht, t. I: Vorschläge zur prozessualen Behandlung der Kleinkriminalität, 1993; Landau, Die rechtsphilosophische Begründung der Besserungsstrafe. Karl Christian Friedrich Krause und Karl David August Röder, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 473; Lüderssen, Alternativen zum Strafen, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 487; H. Peters (ed.), Muß Strafe sein?, 1993; Prittwitz, Strafrecht und Risiko, 1993; Radzinowicz, Rückschritte in der Kriminalpolitik, ZStW 105 (1993), 247; Roxin, Das Schuldprinzip im Wandel, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 519; Seelmann, Wechselseitige Anerkennung und Unrecht. Strafe als Postulat der Gerechtigkeit?, ARSP 1993, 228.

I. Fin de la pena; las teorías penales

Del cometido del Derecho penal y por tanto de las disposiciones penales 1
hay que diferenciar el fin de la pena que se ha de imponer en el caso concreto. Si el Derecho penal tiene que servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento de un orden social basado en este principio, entonces mediante este cometido sólo se determina, de momento, qué conducta puede conminar el Estado. Sin embargo, con ello no está decidido, sin más, de qué manera debería surtir efecto la pena para cumplir con la misión del Derecho penal. A esta pregunta responde la teoría sobre el fin de la pena, la cual, ciertamente, siempre tiene que referirse al fin del Derecho penal que se encuentra detrás (algo que muy a menudo no se toma suficientemente en consideración) [1]. Desde la antigüedad [2] se disputan el fin de la pena tres interpretaciones fundamentales (a continuación ap. 1-3), que incluso hoy siguen determinando la discusión en diversas combinaciones (a continuación ap. 4/5).

1. La teoría de la retribución (teoría de la justicia, de la expiación)

La teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la perse- 2
cución de fin alguno socialmente útil [3], sino en que mediante la imposición

[1] En cambio, Calliess, NJW 1989, 1338, considera totalmente estéril la discusión sobre fines de la pena y teorías de la pena y aboga por "llevar el Derecho penal al centro, como Derecho constitucional concreto" (p. 1342). Más sobre ello, Calliess, 1974.

[2] Sobre la historia de las teorías penales v. Hippel, StrafR I, 1925, 459 ss.; Nagler, 1918. De tiempos más recientes, cfr. p.ej. Kaenel, 1081, 28-77; Frommel, 1987.

[3] Se discute si la retribución justa puede calificarse, según esta doctrina, como "fin" de la pena.

de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría "absoluta" porque para ella el fin de la pena es independiente, "desvinculado" de su efecto social (lat. *absolutus* = desvinculado). La concepción de la pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad: la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense. Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del Talión [3a]: ojo por ojo, diente por diente. Describe el desarrollo de la pena de forma absolutamente correcta también desde el punto de vista histórico, puesto que en el desarrollo del curso cultural ha desvinculado la pena estatal de la venganza privada, así como de las hostilidades entre familias y tribus, de tal forma que el derecho a la retribución pasó a manos de una autoridad pública neutral, que procedía según reglas formales y que por ello creaba paz.

3 Sin embargo, lo que a la teoría de la retribución le ha asegurado científicamente durante tanto tiempo una influencia tan predominante, no fue tanto su dignidad histórica o su plausibilidad teórica cotidiana, cuanto más bien su fundamentación a través de la filosofía del idealismo alemán, cuyo significado para el desarrollo de la historia de las ideas de nuestro Derecho penal difícilmente puede ser sobrestimado. Kant [4] intentó en "La metafísica de las costumbres" (1798) fundamentar las ideas de retribución y justicia como leyes inviolablemente válidas y hacerlas prevalecer con toda nitidez contra todas las interpretaciones utilitaristas (loc. cit., § 49 E I): "Tantos como sean los asesinos que hayan cometido el asesinato, o que asimismo lo hayan ordenado, o hayan colaborado en él, tantos también tendrán que sufrir la muerte; así lo quiere la justicia como idea del poder judicial según las leyes generales y fundamentadas a priori". Y sigue: "La ley penal es un imperativo categórico"; a aquel a quien por motivo de un propósito mundano cualquiera absuelva a un malhechor "de la pena o incluso sólo de un grado de la misma", Kant le invoca una "calamidad": "Pues cuando perece la justicia, ya no tiene valor alguno que los hombres vivan sobre la tierra". Sí, para Kant tiene que haber pena incluso aunque el Estado y la sociedad ya no existieran; incluso si éstos se disolvieran —dice—, "debería ser pre-

---

A menudo se designa la pena retributiva como "libre de fin" y sólo se ve su "sentido" o "esencia" en la compensación de la culpabilidad. Para resolver esta cuestión todo depende de si se considera aplicable el concepto fin sólo a fines sociales, empíricos, o también a la realización de una idea (de la justicia). Si se afirma la segunda posibilidad, lo cual es una cuestión puramente terminológica, entonces puede decirse sin reparo que la teoría absoluta ve el fin de la pena en la retribución justa.

[3a] Sobre la relación entre Talión y retribución Ebert, 1991, 249.

[4] Para la introducción a la teoría de Kant, instructivo: Naucke, 1962; idem, SchlHA 1964, 203; H. Mayer, Engisch-FS, 1969, 74 ss.; Köhler, 1983; idem, 1986; E. A. Wolff, ZStW 97 (1985), 786 ss.; Bielefeldt, GA 1990, 108; Kühl, 1991, 139.

viamente ejecutado el último asesino que se encontrara en prisión, para que cada cual sufra lo que sus hechos merecen y la culpa de la sangre no pese sobre el pueblo que no ha exigido ese castigo".

Hegel [5], en sus "Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho" (1821), 4
uno de los más importantes textos filosóficojurídicos hasta la fecha, llega a unos resultados muy parecidos, al interpretar el delito como negación del Derecho y la pena como la negación de esta negación [6], como "anulación del delito, que de lo contrario tendría validez" y, con ello, como "restablecimiento del Derecho" (loc. cit., § 99). Dice (loc. cit., § 101): "La anulación del delito es retribución en cuanto ésta es, conceptualmente, una lesión de la lesión". Materialmente, se distingue de Kant sobre todo en que el principio del Talión, prácticamente irrealizable, lo sustituye por la idea de la equivalencia de delito y pena, y en esta forma se ha impuesto la teoría de la retribución durante los siguientes 150 años. Sin embargo, Hegel está totalmente de acuerdo con Kant, al no reconocer tampoco metas preventivas como intimidación y corrección como fines de la pena: según declara (loc. cit., adición al § 99): "Con la fundamentación de la pena de esta manera, es como cuando se levanta un palo contra un perro: y al hombre no se le trata según su honor y libertad, sino como a un perro."

También las Iglesias de ambas confesiones [7] han apoyado hasta la época 5
de la postguerra mayoritariamente la teoría de la retribución al concebir la realización de la justicia como mandamiento de Dios y la imposición de la pena como ejecución sustitutoria de las funciones de juez de Dios.

En la jurisprudencia, la teoría de la retribución ha desempeñado un papel 6
muy importante hasta tiempos muy recientes. "Cualquier pena criminal es, según su esencia, una retribución mediante la causación de un mal", se declara en BVerfGE 22, 132; y también en muchas otras sentencias del Tribunal Constitucional, se señala [8], frente a la intimidación y la corrección, la retribución como esencia o fin de la pena. También en las sentencias del BGH, se resalta a menudo de forma predominante la idea de retribución, p.ej., cuando en BGHSt 24, 134, se dice: "la pena no puede desvincularse en cuanto a su contenido ni hacia arriba ni hacia abajo de su determinación como compensación justa de la culpabilidad." De forma análoga, la legislación deja espacio

---

[5] Instructivo sobre Hegel: Piontkowski, 1960; Flechtheim, [2]1975; Klescewski, 1991; Seelmann, JuS 1979, 687, quien, por cierto —en contradicción con la historia de la recepción—, interpreta a Hegel más en el sentido de la prevención general; cfr. tb. idem, ARSP 1993, 228.

[6] La fórmula de la pena como "negación de la negación" del Derecho, que a menudo se utiliza como caracterización de la teoría penal de Hegel, no está contenida explícitamente en el texto de Hegel "Líneas fundamentales". Sólo se encuentra en el "Apéndice al § 97", que fue extraído de unos apuntes de clase de Hotho por el discípulo de Hegel, Gans, quien más tarde lo añadió al texto.

[7] Cfr. las referencias ulteriores en Jescheck, AT[4], § 8 III 3.

[8] Cfr. el resumen en Volk, ZStW 83 (1971), 405, así como las referencias en nm. 33.

al principio de retribución. Así, cuando el § 46 I 1 dice: "La culpabilidad del autor es la base para la medición de la pena", esta frase no tiene que interpretarse necesariamente en el sentido de la teoría de la retribución, pero tampoco excluye una interpretación de este tenor.

7 El mérito de la teoría de la retribución radica en su capacidad de impresión psicológicosocial, así como en el hecho de que proporciona un baremo para la magnitud de la pena. Si la pena debe "corresponder" a la magnitud de la culpabilidad, está prohibido en todo caso dar un escarmiento mediante una penalización drástica en casos de culpabilidad leve. La idea de la retribución marca, pues, un límite al poder punitivo del Estado y tiene, en esa medida, una función liberal de salvaguarda de la libertad. Cierto es que no se puede determinar matemáticamente de forma exacta qué pena se corresponde con la magnitud de la culpabilidad; sin embargo, con la ayuda de las reglas legales de determinación de la pena (¡§ 46!) y una teoría de la determinación de la pena científicamente perfeccionada, se consiguen de todos modos magnitudes penales de alguna forma calculables.

8 No obstante, la teoría de la retribución ya no se puede sostener hoy científicamente. Pues, si, como se puso de manifiesto en los párrafos anteriores, la finalidad del Derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescinda de todos los fines sociales. La idea de retribución exige también una pena allí, donde sobre la base de la protección de bienes jurídicos no sería necesaria (cfr. nm. 3); pero entonces la pena ya no sirve a los cometidos del Derecho penal y pierde su legitimación social. Dicho de otra manera: el Estado, como institución humana, no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia ni está legitimado para ello. La voluntad de los ciudadanos le obliga a asegurar la convivencia del hombre en paz y en libertad; está limitado a esta tarea de protección. La idea de que se puede compensar o suprimir un mal (el delito) causando otro mal adicional (el del sufrimiento de la pena), sólo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo. Tampoco la tesis de una "culpabilidad" que hay que retribuir puede fundamentar por sí sola la pena; la culpabilidad individual está ligada a la existencia de una libertad de voluntad, cuya indemostrabilidad la hace inadecuada como único fundamento de las intervenciones estatales.

9 En contra de la teoría de la retribución también hablan sus consecuencias indeseables desde el punto de vista de política social. Una ejecución de la pena que parte del principio de la imposición de un mal no puede reparar los daños en la socialización, que a menudo constituyen la causa de la comisión de delitos, y por ello no es un medio adecuado de lucha contra la delincuencia.

El atraso del sistema de la ejecución penal alemán, que carecía hasta 1977 de toda base legal, reside esencialmente en la influencia, dominante durante mucho tiempo, de la teoría de la retribución.

Tampoco en la formulación como "teoría de la expiación" puede defenderse 10
la teoría de la compensación de la culpabilidad. Esto se sobreentiende cuando, como corresponde a un uso más amplio del lenguaje, sólo se usa el concepto "expiación" como otra palabra para indicar "retribución". Sin embargo, con la "expiación" se piensa a menudo que el autor acepta interiormente la pena como justa compensación de la culpabilidad, que asimila moralmente su comportamiento delictivo, se purifica y recobra por dicha expiación su integridad humana y social. Naturalmente, todo esto es deseable. Pero no puede servir para justificar la pena retributiva, pues una vivencia expiatoria de este tipo, que en la realidad se da muy raras veces, constituye un acto moral autónomo de la personalidad, que no puede imponerse a la fuerza y que, por lo demás, puede ser motivado muchísimo mejor por una pena que no retribuya, sino que ayude.

2. La teoría de la prevención especial

La posición diametralmente opuesta a la teoría de la retribución se encuen- 11
tra en la interpretación de que la misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos. Según ello, el fin de la pena apunta a la prevención que va dirigida al autor individual (especial). Se habla, pues, según esta interpretación, de la "prevención especial" como fin de la pena. La teoría de la "prevención especial", al contrario de la concepción de la pena retributiva, "absoluta", es una teoría "relativa", pues se refiere al fin de prevención de delitos ("relativo" viene del lat. *referre* = referirse a). También esta posición se remonta a los orígenes del pensamiento penal. Ya en Séneca († 65 d.C.), evocando la idea de Protágoras (aprox. 485-415 a.C.) que fue transmitida por Platón (427-347 a.C.), se encuentra la formulación clásica de todas las teorías preventivas: "Nam, ut Plato ait: 'nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur...'" ("Pues, como dice Platón: 'Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque...'" [9]).

Esta tesis se perfeccionó en el tiempo de la Ilustración como teoría inde- 12
pendiente de la prevención especial; más tarde fue arrinconada por la teoría de la retribución, pero hacia finales del siglo XIX la "escuela jurídicopenal sociológica" la reavivó de una manera muy influyente hasta hoy. Su portavoz fue Franz v. Liszt (1851-1919), el político criminal alemán más significativo. Según su concepción, la prevención especial puede actuar de tres formas: **asegurando** a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro

[9] Séneca, De ira, liber I, XIX-7. Se refiere aquí a Platón, Leyes, 934 a.

de éstos; **intimidando** al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y preservándole de la reincidencia mediante su **corrección.** Conforme a esto, Liszt, en su denominado Programa de Marburgo [10] (1882), que fue fundamental para su trabajo posterior, exponía un tratamiento de los delincuentes, diferenciado según el tipo de autor: la inocuización del delincuente habitual de quien no se puede conseguir que desista ni que mejore; la intimidación del mero delincuente ocasional y la corrección del autor corregible. Sobre todo la tercera de las posibilidades de influencia preventivoespecial, la corrección, que en lenguaje técnico se denomina resocialización o socialización, ha desempeñado un papel significativo en la postguerra (cfr. nm. 13, y § 4, nm. 15 ss.). La *Internationale Kriminalistische Vereinigung* (IKV: Unión Internacional de Derecho Penal), fundada en 1889 por von Liszt junto con el belga Prins y el holandés van Hamel, contribuyó mucho a la divulgación de los nuevos planteamientos políticocriminales. En 1924 apareció junto a ella la *Association Internationale du Droit Pénale* (AIDP), que todavía hoy sigue existiendo [11]. En 1937 fue disuelto el grupo alemán de la IKV por los gobernantes de entonces. Después de la guerra fue sobre todo la Sociedad Internacional para la Defensa Social [12], fundada en 1947, la que continuó con el trabajo de Liszt. También el "Proyecto Alternativo de Código Penal" (= PA), publicado en 1966 por penalistas de Alemania Occidental (entre los que se encuentra el autor de este libro) y que ha influido notablemente en la reforma del Derecho penal de la República Federal (sobre esto § 4, nm. 20 ss.), le debe mucho y de forma muy especial a la teoría preventivoespecial, y con ello particularmente a Franz v. Liszt [13] y a las opiniones de la defensa social [14].

13 Objetivos sobre todo de prevención especial se han expresado también reiteradamente en la reforma legislativa de la República Federal desde 1969. En el § 46 I 2 de la nueva Parte general se dice acerca de la determinación de la pena: "hay que tomar en consideración las consecuencias que de la pena se pueden esperar para la vida futura del autor en la sociedad". Numerosas innovaciones del sistema de sanciones en la reforma legislativa de Alemania Occidental (para más detalles § 4, nm. 27 ss.) sirven al fin de resocialización, que también se menciona como "fin de la ejecución" en el § 2 de la nueva

[10] Bajo el título "Der Zweckgedanke im Strafrecht" en ZStW 3 (1883), 1; (= Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, tomo 1, 1905 [reimpr. 1970], 126 ss.). Para la introducción al ideario de Liszt y su significado actual, es interesante el libro colectivo editado con motivo del 50 aniversario de su muerte: "Franz von Liszt zum Gedächtnis", 1969 (= ZStW 81 [1969], fasc. 3 [pp. 541-829]), y asimismo los artículos con motivo del 100 aniversario del Programa de Marburgo en ZStW 94 (1982): Naucke (525 ss.); Frisch (565 ss.); Müller-Dietz (599 ss.).

[11] Para más detalles Jescheck, ZStW 92 (1980), 997 ss. Un inventario de la "Política criminal tras 100 años de IKV/AIDP" lo proporciona Burgstaller, ZStW 102 (1990), 637.

[12] Gramatica, 1961; H. Kaufmann, v. Weber-FS, 1963, 418; Rebhan, 1963; Ancel, ^{2}1966; Melzer, 1970.

[13] Sobre esto especialmente Roxin, ZStW 81 (1969), 613.

[14] Sobre esto Melzer, 1970, 102 ss.; idem, ZStW 84 (1972), 648 ss.

Ley Penitenciaria: "En la ejecución de la pena privativa de libertad, el recluso debe conseguir llegar a ser capaz de llevar en el futuro con responsabilidad social una vida sin delitos."

Bajo el efecto de estas reformas, la jurisprudencia más reciente también ha otorgado más amplitud que antes a la idea de resocialización. Así dice el BVerfG (E 35, 202, 235 s. = sentencia Lebach): "Como portador de derechos fundamentales resultantes de la dignidad humana y que garantizan su protección, el delincuente condenado debe tener la oportunidad de integrarse otra vez en la sociedad después del cumplimiento de su pena. Desde la perspectiva del autor este interés por la resocialización surge de su derecho fundamental del art. 2, ap. 1, en relación con el art. 1 GG. Desde la de la sociedad, el principio del Estado social reclama previsiones y acciones sociales estatales" [15]. También el BGH considera ahora, apoyándose en el desarrollo de la reforma del Derecho penal, "que la pena no tiene la misión de practicar la compensación de la culpabilidad por razón de sí [16] misma, sino que sólo está justificada cuando a la vez se manifiesta como un medio necesario para el cumplimiento de la tarea de protección preventiva del Derecho penal". La cláusula de prevención especial del precepto legal de determinación de la pena permite percibir "un significativo desplazamiento del centro de gravedad hacia el punto de vista de prevención especial" (BGHSt 24, 40, 42). **14**

En tanto la teoría preventivoespecial sigue el principio de resocialización, que entre sus partidarios se encuentra hoy en primer plano, sus méritos teóricos y prácticos resultan evidentes. Cumple extraordinariamente bien con el cometido del Derecho penal (cfr. *supra* § 2), en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado social. Al exigir un programa de ejecución que se asienta en el entrenamiento social y en un tratamiento de ayuda, posibilita reformas constructivas y evita la esterilidad práctica del principio de retribución. **15**

Sin embargo, la puesta en práctica del enfoque preventivoespecial también suscita problemas, conocidos desde hace mucho tiempo, y que después de los años de la reforma han llevado de nuevo, no obstante, a un escepticismo cada **16**

---

[15] En el mismo sentido BVerfGE 36, 174 (188); 45, 187 (239).

[16] Correctamente: "de aquélla". [Roxin señala que el pronombre correcto es el masculino *"seiner"* (referido al sustantivo, tb. masculino en alemán, *"Vergleich"*: compensación, equilibrio), frente al femenino *"ihrer"* (referido al sustantivo femenino *"Schuld"*: culpabilidad), que aparece en el texto de la sent. del BGH. En definitiva, que no es correcto "por razón de sí misma", que quiere decir "por razón de la culpabilidad misma", sino "por razón de aquélla misma", o sea, "por razón de la propia compensación de la culpabilidad"; N. del T.]

vez más fuerte frente a esta doctrina[16a]. Su defecto más grave consiste probablemente en que, al contrario de la teoría de la retribución, no proporciona un baremo para la pena. Este consistiría, en atención a sus consecuencias, en retener al condenado el tiempo necesario hasta que estuviera resocializado. Esto debería conducir a la introducción de una condena con pena de duración indeterminada [17] y también, en su caso, a que por un delito de poca importancia se pudiera aplicar una pena privativa de libertad de muchos años, en el supuesto de que como síntoma se presentase una profunda alteración de la personalidad. Incluso se podría considerar un tratamiento (re)socializador, cuando alguien apareciese como sujeto que entraña un grave peligro de criminalidad, sin que se pudiese probar que hubiese cometido ningún delito hasta el momento. Todas éstas constituirían intervenciones que se saldrían ampliamente de la medida permitida según la teoría de la retribución; limitarían la libertad del individuo más radicalmente de lo que pueda ser deseable y permitido en un Estado liberal de Derecho.

17 Asimismo, la teoría preventivoespecial se enfrenta con la cuestión de que, de todas formas, con qué derecho deben dejarse educar y tratar los ciudadanos adultos por el Estado. Kant y Hegel veían en ello una violación de la dignidad humana (cfr. sólo la cita de Hegel en nm. 4). Pero también el BVerfG dijo una vez (E 22, 219): "No es misión del Estado... 'corregir' a sus ciudadanos". Así pues, el art. 1 I GG prohíbe una educación forzosa en cualquier caso por cuanto afecta al núcleo intocable de la personalidad de un adulto.

18 En efecto, en la política criminal internacional se puede comprobar desde 1975, más o menos, que se produce a menudo un abandono de la idea de resocialización antes dominante y una vuelta a la teoría de la retribución y a la prevención general (nm. 21 ss.) [17a]. Esta dirección que se opone a un Derecho penal del tratamiento, y que bajo el nombre de "neoclasicismo" adquirió influencia sobre todo en América y en Escandinavia, se dirige sobre todo contra las penas de duración indeterminada y contra el tratamiento forzoso que en estos países se había considerado admisible hasta ese momento por motivo del fin terapéutico criminal [18].

[16a] Cfr. sobre los problemas de la idea de resocialización de Lüderssen, JA 1991, 222 ss., quien, sin embargo, defiende decididamente la resocialización.

[17] Esto lo preveía el § 19 JGG, pero fue anulado por la 1.ª JGGÄndG de 30-8-1990, basándose en consideraciones políticocriminales, educativas y jurídicoconstitucionales; cfr. BT-Drucks. 11/5829.

[17a] Esboza una imagen impresionante y sombría de los "retrocesos en la política criminal" y la propagación internacional de modelos autoritarios de la administración de la justicia penal Radzinowicz, ZStW 105 (1993), 247.

[18] Sobre Escandinavia cfr. Anttila, ZStW 95 (1983), 739 ss., y Löfmarck, 1987, 15 ss.; sobre América Weigend, ZStW 90 (1978), 1116 s., y ZStW 94 (1982), 801 ss. Acerca de estas tendencias

Otro punto débil de la prevención especial se encuentra en el hecho de que no sabe qué hacer con los autores que no están necesitados de resocialización. Este problema no sólo surge con muchos autores de hechos imprudentes y con autores ocasionales de pequeños delitos, sino también con personas que han cometido delitos graves, pero en los no existe peligro de reincidencia porque el hecho se cometió en una situación de conflicto irrepetible, o cuando las distintas circunstancias temporales hacen imposible su nueva comisión. ¿Cómo va a justificarse desde un punto de vista de prevención especial, por ejemplo, el castigo de los delincuentes violentos del nacionalsocialismo que hoy en día son inofensivos y que viven en sociedad discretamente? 19

Por último, lo que también contribuyó al desencanto frente a la prevención especial fue la circunstancia de que, a pesar de todos los esfuerzos dentro y fuera del país, no se ha podido desarrollar hasta ahora un concepto para la socialización del reincidente, que sea eficaz en amplia medida. Mientras que la pena de retribución lleva su fin dentro de sí misma y, por lo tanto, es independiente de cualquier "resultado o éxito", la fijación de una meta preventivoespecial se torna sin sentido en el caso de carencia constante de éxito, aunque se la considere correcta teóricamente. Al menos, las dificultades que se interponen en el camino de la realización práctica de los planes de resocialización han llevado no pocas veces a un cansancio resignado, que repercute en el planteamiento mismo. Bajo el lema "nothing works" [19] (= nada funciona) esta tendencia ha encontrado su expresión más eficaz internacionalmente. 20

3. La teoría de la prevención general

Finalmente, la tercera de las teorías penales tradicionales no ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación. También aquí se trata, pues, de una teoría que tiende a la prevención de delitos (y con ello preventiva y relativa), como consecuencia de lo cual la pena debe, sin embargo, actuar no **especialmente** sobre el condenado, sino **generalmente** sobre la comunidad. Por esta razón se habla de una teoría de la prevención general. 21

Fue desarrollada en su forma más eficaz históricamente por Paul Johann Anselm v. Feuerbach (1775-1833), quien es considerado como el fundador de la moderna ciencia del Derecho penal alemán [20]. Feuerbach derivaba su doc- 22

---

internacionales y sobre la defensa de la idea de resocialización contra ellas Roxin, Gagnér-FS, 1991, 341.

[19] Se trata de un resumen abreviado de las tesis de Martinson en su escrito: "What works? Questions and Answers about Prison Reform", 1974.

[20] Feuerbach es el padre del filósofo Ludwig v. Feuerbach (1804-1872) y abuelo del pintor Anselm v. Feuerbach (1820-1880). También interesante para estudiantes: Radbruch, P.J.A. Feuerbach, ein

trina de prevención general de la llamada "teoría psicológica de la coacción", desarrollada por él (lingüísticamente correcto: teoría de la coacción psicológica; cfr. sobre ello tb. § 5, nm. 22 s.). Se imaginaba el alma del delincuente potencial que había caído en la tentación como un campo de batalla entre los motivos que le empujan hacia el delito y los que se resisten a ello; opinaba que había que provocar en la psique del indeciso unas sensaciones de desagrado, que hiciesen prevalecer los esfuerzos por impedir la comisión y, de esta manera, pudiesen ejercer una "coacción psíquica" para abstenerse de la comisión del hecho. El manual de Feuerbach [21] contiene en el § 13 un resumen exacto de esta concepción, tanto racionalista como determinista: "Todas las infracciones tienen el fundamento psicológico de su origen en la sensualidad, hasta el punto de que la facultad de deseo del hombre es incitada por el placer de la acción de cometer el hecho. Este impulso sensitivo puede suprimirse al saber cada cual que con toda seguridad su hecho irá seguido de un mal inevitable, que será más grande que el desagrado que surge del impulso no satisfecho por la comisión" [22].

23 Esta doctrina, al querer prevenir el delito mediante las normas penales, constituye fundamentalmente una teoría de la amenaza penal. Pero constituye asimismo, por la acción de su efecto, necesariamente una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena, puesto que de esto depende la eficacia de su amenaza. También Feuerbach lo vio así (loc. cit., § 16). Para él, "el fin de infligir" la pena está en la "motivación de la eficacia de la amenaza legal, en hasta qué punto sin ella esta amenaza carecería de contenido (sería ineficaz). Como la ley debe intimidar a todos los ciudadanos, aunque, sin embargo, la ejecución debe otorgarle eficacia a la ley, el fin mediato (fin último) de la aplicación de la pena es asimismo la mera intimidación de los ciudadanos por la ley."

24 La teoría preventivogeneral tiene también hoy en día mucha influencia como teoría de la pena [23]. Posee una cierta evidencia de psicología del profano

---

Juristenleben, 1934, [2]1957, [3]1969 (3.ª ed. edit. por E. Wolf). Además Kipper, P.J.A. Feuerbach. Sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter, [2]1989; Naucke, Paul Johann Anselm von Feuerbach, ZStW 87 (1975), 861 ss.; Küper, 140 Jahre GA, 1993, 131.

[21] P.J.A. v. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1.ª ed. 1801. Aquí citado según la última ed. (14.ª) 1847, 38. Fundamental además su "Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts", 2 tomos, 1799, 1800 (reimpr. 1966). Sobre su teoría: Hartmann, 1958; Naucke, 1962.

[22] También invoca a Feuerbach la teoría penal preventivogeneral de Schopenhauer, que últimamente se vuelve a tomar más en consideración; cfr. sólo Hoerster, ARSP 1972, 555; Küpper, 1990, 207. Küpper también hace hincapié en la analogía de la teoría preventiva mixta que aquí se apoya (nm. 36 ss.) con la concepción de Schopenhauer.

[23] Ante todo es defendida con mucho énfasis por Schmidhäuser, [2]1971, y Hoerster, GA 1970, 272; actualmente se la puede considerar casi dominante, bajo la forma de "prevención general positiva" (nm. 26 s.). Ejemplar en el sentido de la prevención general positiva el manual de Jakobs, AT[2], 1/1-52. Críticamente sobre la prevención general: E. A. Wolff, ZStW 97 (1985), 786 ss. Sobre

y se justifica asimismo por la consideración de la psicología profunda [24] de que muchas personas sólo contienen sus impulsos antijurídicos cuando ven que aquel que se permite su satisfacción por medios extralegales no consigue éxito con ello, sino que sufre graves inconvenientes. Ya Freud [25] encontró uno de los "fundamentos del ordenamiento penal humano" en las necesidades de la prevención general: "Cuando alguien ha logrado satisfacer el deseo reprimido, debe sentirse el mismo deseo en todos los miembros de la sociedad; para mantener apaciguada esta tentación, es necesario que el que realmente es envidiado, sea privado del fruto de su atrevimiento..." La teoría actual distingue un aspecto negativo y uno positivo de la prevención general [26].

El aspecto negativo se puede describir con "el concepto de la intimidación **25**
de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes". Aquí se trata del punto de vista acentuado por Feuerbach (nm. 22 s.). Ciertamente existe hoy unanimidad acerca de que sólo una parte de las personas con tendencia a la criminalidad cometen el hecho con tanto cálculo que les pueda afectar una "intimidación" y en que en estas personas tampoco funciona intimidatoriamente la magnitud de la pena con que se amenaza, sino la dimensión del riesgo de ser atrapados. Políticosocialmente hay que sacar de ahí la conclusión de que no una agravación de las amenazas penales, como se exige una y otra vez en el carácter público, sino más bien una intensificación de la persecución penal (p.ej. refuerzo y mejor entrenamiento de la policía) puede tener éxito en cuanto a la prevención general.

El aspecto positivo de la prevención general "comúnmente se busca en la **26**
conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico". Conforme a ello, la pena tiene la misión de "demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo". Actualmente se le suele atribuir a este punto de vista un mayor significado que el mero efecto intimidatorio.

En realidad, en la prevención general positiva se pueden distinguir a su vez **27**
tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí [27]: el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente; el "ejercicio en la confianza del De-

---

la discusión de los modernos enfoques preventivogenerales Prittwitz, 1993, 213 ss. Arzt ofrece en su libro "Der Ruf nach Recht und Ordnung" (1976) un análisis ponderado del movimiento americano de *law-and-order* y estudia también el "potencial de un movimiento para el Derecho y el orden en Alemania" (pp. 132 ss.).

[24] En contra de la intención de la mayoría de los psicoanalíticos, quienes se preocupan por la exculpación de los autores de los delitos y que a menudo también aspiran a la abolición del Derecho penal (cfr. últimamente Plack, 1974).

[25] Sigmund Freud, Totem und Tabu, en: Studienausgabe, t. IX, 1974, 361. Fundamental: Engelhardt, 1976; Haffke, 1976.

[26] Para más detalles sobre ello BVerfGE 45, 255 s., donde se encuentran las citas utilizadas en nm. 25 s.

[27] Para más detalles Roxin, 1987, 48.

recho [28] que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica; y, finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor. Sobre todo al efecto de pacificación, mencionado en último lugar, se alude hoy frecuentemente para la justificación de reacciones jurídicopenales con el término de "prevención integradora" [29].

28 No cabe duda de que el punto de partida ideológico de la teoría preventivogeneral está claro. En cuanto tiende a la evitación de delitos, está orientada, al contrario de la teoría de la retribución, inmediatamente a la misión de protección del Derecho penal y no pierde tampoco su sentido por un reconocimiento de la prevención especial. Pues no es suficiente, bajo el punto de vista de la evitación del delito, con que la pena actúe sólo sobre los ya reincidentes; más bien es deseable políticosocialmente prevenir además la comisión de delitos en general y desde un principio, y justamente ésta es la meta del planteamiento preventivogeneral.

29 La teoría preventivogeneral tiene también dos ventajas fundamentales frente a la preventivoespecial. En primer lugar, puede demostrar sin compromiso que incluso en ausencia del peligro de repetición del hecho no se debe renunciar totalmente a la pena; la sanción es necesaria porque los delitos que se quedan sin consecuencias para el autor, incitan a la imitación. Y en segundo lugar, el principio de la prevención general no tiende a sustituir descripciones claras del hecho por pronósticos de peligrosidad vagos y arriesgados para el Estado de Derecho; por el contrario, exige disposiciones a ser posible exactas, porque el objeto de la prohibición debe estar fijado exactamente si el ciudadano debe ser motivado a distanciarse de una determinada conducta (cfr. sobre ello tb. § 5, nm. 22 s.).

30 Finalmente, para la influencia preventivogeneral, es favorable el hecho de que esta teoría se basa ciertamente en suposiciones psicológicosociales, pero, de forma distinta a los esfuerzos de prevención especial (nm. 20), apenas es rebatible por la praxis. Pues, a la objeción de que todo delito demuestra la ineficacia de la prevención general, puede contraponerse siempre que su efectividad se muestra en el hecho de que, con independencia de toda criminalidad, la mayoría de la población se comporta de acuerdo con el Derecho. Hasta qué punto esto es atribuible a los aspectos negativos y positivos de la prevención general, ciertamente todavía es poco claro empíricamente y asimismo difícil

---

[28] Jakobs, 1976, 10, 31 s.

[29] El concepto fue utilizado probablemente por primera vez en este sentido por Roxin, Bockelmann-FS, 1979, 305 s. Para más detalles Müller-Dietz, Jescheck-FS, t. 2, 1985, 813 ss.; Moos, Pallin-FS, 1989, 283 ss.; Zipf, Pallin-FS, 1989, 479 ss.; Mir Puig, ZStW 102 (1990), 914.

de determinar de forma fehaciente; pero justamente por esta razón, la hipótesis de que la praxis punitiva estatal juega un papel fundamental en ello, apenas es falsificable [30].

Por otro lado, el principio de la prevención general también presenta considerables deficiencias teóricas y prácticas. En primer lugar, al igual que la prevención especial, no incluye ninguna medida para la delimitación de la duración de la pena. Así, por lo menos la prevención general negativa, se encuentra siempre ante el peligro de convertirse en terror estatal. Pues la idea de que penas más altas y más duras tengan un mayor efecto intimidatorio ha sido históricamente (a pesar de su probable inexactitud) la razón más frecuente de las penas "sin medida". Asimismo, la objeción de que un castigo con fines preventivos atenta contra la dignidad humana tiene más peso en la prevención general que en la prevención especial [31]. Es decir, mientras la resocialización debe ayudar (por lo menos también) al condenado, el castigo por motivos de prevención general sólo pesa sobre el autor por motivo de la comunidad (o sea, de otro) y la facultad para ello requiere una justificación que esta teoría no puede ofrecer por sí misma. Por último, la teoría preventivogeneral comparte el defecto de la teoría de la retribución de no poder dar impulso alguno a la ejecución de la pena. Esto es válido para todas las formas de manifestación de la prevención general en tanto que ésta siempre se dirige a la comunidad y no al autor. Sin embargo rige especialmente para la prevención general negativa. Pues una ejecución de la pena que tiende a la "mera intimidación de los ciudadanos" (Feuerbach), incitará más a la reincidencia que a su evitación y, de esta manera, perjudicará más que beneficiará a la lucha contra la criminalidad. 31

4. Las teorías unificadoras retributivas

Las teorías mixtas o unificadoras o de la unión, que antes fueron absolutamente dominantes y que todavía hoy son determinantes para la jurisprudencia, consisten en una combinación de las concepciones discutidas hasta ahora. Consideran la retribución, la prevención especial y la prevención general como fines de la pena que se persiguen simultáneamente. Así y todo, el fin retributivo tenía originariamente la función absolutamente dominante. "... lo decisivo es... en primer lugar la necesidad de expiación, el fin retributivo de la pena, aunque 32

---

[30] Sobre "Fundamentos empíricos de la prevención general" cfr. Schöch, Jescheck-FS, t. 2, 1985, 1081 ss., quien resalta que "la función preventivogeneral del Derecho penal está absolutamente fundamentada empíricamente" (1103 s.). "Sobre la eficacia de la prevención general", además Schöch, 1990, 95; Bönitz, 1991. Sobre "realidad o ilusión de prevención general", Dölling, ZStW 102 (1990), 1. Una "Investigación empírica del efecto intimidatorio de las sanciones jurídicopenales" ofrece Vilsmeier, MSchrKrim 1990, 276. Endres (1992; MSchrKrim 1992, 309) propone un método para abarcar las adaptaciones de la finalidad de la sanción.

[31] Cfr. sobre esto Köhler, 1983.

junto a ello también el fin intimidatorio. Los otros fines de la pena, el de corrección y el de aseguramiento, pasan frente a aquél a un segundo plano" (RGSt 58, 109). También hoy se acentúa todavía con frecuencia que sólo se debería hablar de una "auténtica" teoría unificadora o mixta "en sentido tradicional" cuando los fines preventivos no tocan el carácter retributivo de la pena y sólo se contemplarían en el marco trazado por la retribución [32]. Esta teoría hay que rechazarla desde el punto de partida aquí defendido, ya por el hecho de que, como mera modificación de la teoría de la retribución, le son aplicables todas las objeciones formuladas contra ésta (nm. 8-10) y de ahí que actualmente resulte tan difícilmente defendible como ésta.

33 En las formulaciones más recientes de la teoría de la unión, la retribución, la prevención especial y la prevención general se tratan más bien como fines de la pena de igual rango. Se parte de que ninguna de las teorías penales está ordenada o prohibida por la ley, de forma que —en cierto modo, según las necesidades— puede colocarse en primer plano tanto uno como otro fin de la pena. La toma de posición del BVerfG (E 45, 187, 253 s.) es representativa: "El Tribunal Constitucional federal se ha ocupado repetidamente del sentido y fin de la pena estatal sin haber tomado en principio posición sobre las teorías penales defendidas en la doctrina... Se ha señalado como cometido general del Derecho penal el de proteger los valores elementales de la vida en comunidad. Como aspectos de una sanción penal adecuada se señalan la compensación de la culpabilidad, la prevención, la resocialización del sujeto, la expiación y la retribución por el injusto cometido". La pena criminal es "—sin perjuicio de su cometido de intimidar y resocializar— retribución por el injusto cometido" (BVerfG E 39, 1, 57). También el BGH se mueve en la línea señalada; ya se han expuesto en la discusión de las teorías penales precedentes ejemplos de cómo tan pronto se acentúa especialmente uno como otro punto de vista.

34 Una teoría mixta de este tenor parte del correcto entendimiento de que ni la teoría de la retribución ni ninguna de las teorías preventivas pueden determinar justamente por sí solas el contenido y los límites de la pena. Pero le falta el fundamento teórico en cuanto sus defensores se contentan con poner sencillamente uno al lado del otro, como fines de la pena, la compensación de la culpabilidad y la prevención especial y general. Una "teoría unificadora aditiva" [33] de este cariz no colma las carencias de las diferentes opiniones particulares, sino que las suma y conduce sobre todo a un ir y venir sin sentido

---

[32] Especialmente claro Maurach, AT, ^{4}1971, § 6 I D (algo matizado pero similar tb. Maurach/Zipf, AT/1^{8}, 6/8); Lenckner, 1972, 13.

[33] Sobre ello Roxin, JuS 1966, 387 (= Grundlagenprobleme, 28) [= Problemas básicos, 1976, 33; N. del T.]. En gran parte de acuerdo conmigo Kaenel, 1981, quien señala además la similitud de la interpretación teóricopenal defendida por mí, con la de Carl Stooss (cfr. § 1, n. 1)

entre los diferentes fines de la pena, lo cual imposibilita una concepción unitaria de la pena como uno de los medios de satisfacción social.

Por el contrario, la función de una teoría mixta o unificadora capaz de sostenerse en las condiciones de hoy en día consiste en anular, renunciando al pensamiento retributivo, los posicionamientos absolutos de los respectivos y, por lo demás, divergentes planteamientos teóricos sobre la pena; de tal forma que sus aspectos acertados sean conservados en una concepción amplia y que sus deficiencias sean amortiguadas a través de un sistema de recíproca complementación y restricción. Se puede hablar aquí de una teoría unificadora preventiva "dialéctica", en cuanto a través de semejante procedimiento las teorías tradicionales, con sus objetivos antitéticos, se transforman en una síntesis. Esto se detallará a continuación. 35

5. La teoría unificadora preventiva

a) El fin exclusivamente preventivo de la pena

El punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo. Puesto que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio (cfr. § 2, nm. 9 ss.), también la pena concreta sólo puede perseguir esto, es decir, un fin preventivo del delito [33a] (cfr. nm. 15, 28). De ello resulta además que la prevención especial y la prevención general deben figurar conjuntamente como fines de la pena. Puesto que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el particular como sobre la colectividad, ambos medios se subordinan al fin último al que se extienden y son igualmente legítimos. 36

La persecución simultánea del fin preventivo general y especial no es problemática donde la pena declarada en la sentencia concreta es adecuada para alcanzar ambos fines tan eficazmente como sea posible. Esta concepción tampoco encuentra dificultades allí donde, en el caso concreto, la sanción sólo se basa en el componente preventivogeneral de la pena porque no existe peligro alguno de reincidencia. Pues el fin preventivo de la pena también persiste cuando no se requiere una prevención desde todos los puntos de vista al mismo tiempo. 37

Esta idea resulta también importante ante todo cuando no se puede contar con el condenado para una ejecución resocializadora de la pena. Una pena que pretende compensar los defectos de socialización del autor sólo puede ser 38

[33a] De otra opinión v. Hirsch/Jareborg, 1991, 15 ss., quienes si bien reconocen la prevención general como justificación de la institución Derecho penal, quieren sin embargo determinar la pena concreta únicamente según puntos de vista de igualdad.

pedagógica y terapéuticamente eficaz cuando se establece una relación de cooperación con el condenado. Una "socialización forzosa" ni tendría perspectivas de éxito ni sería admisible en atención al art. 1 GG. Por tanto, si el condenado rehúsa su colaboración para la resocialización, sin duda debe despertarse entonces su disposición para ello en cuanto sea posible, pero no puede ser forzado. Naturalmente, también en este caso debe ejecutarse la pena; para su justificación es suficiente, sin embargo, la necesidad de prevención general. De este modo se invalidan al mismo tiempo todas las objeciones que se alegan contra el fin de resocialización con el argumento de que éste conduce a una adaptación forzosa que viola la personalidad (cfr. nm. 17 s.). Pues cuando el condenado, por iniciativa propia, colabora en el desarrollo de la ejecución, ello no contribuye a la violación de su personalidad, sino precisamente al desarrollo de la misma. Si resocialización presupone voluntariedad, está claro también por qué no hay contradicción irresoluble alguna cuando el BVerfG, por una parte, estatuye un derecho fundamental a la resocialización (nm. 14), pero, por otra parte, niega al Estado la facultad «de corregir a sus ciudadanos» (nm. 17). Lo prohibido es únicamente la educación forzada de adultos; no obstante, el condenado tiene derecho a que el Estado le ayude en la reinserción social a la que él mismo aspira.

39 Lo propio rige para las dificultades que resultan de la observación de que programas de (re)socialización bien pensados se han mostrado hasta ahora como fracasados. Tales reveses se deben en parte a la desatención a los puntos de vista que se acaban de exponer y, en parte también, a que el Derecho penal socializador se encuentra todavía en los comienzos de su realización. Los esfuerzos realizados hasta ahora en la República Federal han producido múltiples resultados alentadores [34]. Pero los inevitables extravíos tampoco pueden conducir a un "fiasco de la teoría de la pena", porque la función preventivogeneral de la pena puede fundamentar por sí sola la pena si fuera necesario y no se ve menoscabada por los fracasos preventivoespeciales que se puedan producir aquí o allá.

40 Un conflicto entre prevención general y especial se produce solamente allí donde ambos fines perseguidos exigen diferentes cuantías de pena. Así, en un caso concreto (p.ej. cuando un joven ha causado una lesión con resultado de muerte en una riña), puede parecer adecuado un castigo de tres años de privación de libertad sobre la base de la prevención general y en aplicación del § 226 II, mientras que las exigencias de prevención especial sólo permiten un año con remisión condicional porque una pena más grave desocializaría al autor y cabría esperar un tropiezo en futura criminalidad. Cualquiera de ambas posibles soluciones obtiene, pues, un beneficio preventivo, por una

---

[34] Cfr. Jescheck, ZStW 91 (1979), 1055: "La conocida expresión de Martinson 'nothing works'... no se ha confirmado entre nosotros"; Schultz, Jescheck-FS, 1985, 799 s.; idem, Baumann-FS, 1992, 431; Kaiser, Kriminologie, Ein Lehrbuch, [2]1988, § 115, nm. 30; Roxin, Gagnér-FS, 1991, 341. Escéptico en cambio Albrecht, ZStW 97 (1985), 831 ss., quien aboga por la prevención especial sólo "en el sentido de minimización de consecuencias dañinas que se producen sobre la base del internamiento social". Sobre la relación entre "criminología y prevención especial" Bock ZStW 102 (1990), 504.

parte, a cambio de un perjuicio preventivo, por otra. En un caso así es necesario sopesar los fines de prevención especial y general y ponerlos en un orden de prelación. En ello tiene preferencia la prevención especial hasta un grado que a continuación habrá que determinar, de forma que en nuestro ejemplo la pena que se impondría sería la de un año de prisión, con remisión condicional. Pues, en primer lugar, la resocialización es un imperativo constitucional (cfr. nm. 14), que no puede ser desobedecido donde sea posible su cumplimiento. Y en segundo lugar hay que tener en cuenta que, en caso de conflicto, una primacía de la prevención general amenaza con frustrar el fin preventivoespecial, mientras que, por el contrario, la preferencia de la prevención especial no excluye los efectos preventivogenerales de la pena, sino que, a lo sumo, los debilita de forma difícilmente mensurable; pues también una pena atenuada actúa de forma preventivogeneral. Por otra parte, corresponde la preferencia a las necesidades preventivoespeciales sólo hasta donde la necesidad mínima preventivogeneral todavía lo permita (como es el caso en nuestro ejemplo). Es decir, por motivo de los efectos preventivoespeciales, la pena no puede ser reducida hasta tal punto que la sanción ya no se tome en serio en la comunidad; pues esto quebrantaría la confianza en el ordenamiento jurídico y a través de ello se estimularía la imitación. En muchos casos, aunque no siempre, el límite inferior del marco penal atiende ya a la consideración del "mínimo preventivogeneral" [35].

El significado de la prevención general y especial se acentúa también de **41** forma diferenciada en el proceso de aplicación del Derecho penal. En primer lugar, el fin de la conminación penal es de pura prevención general. Por el contrario, en la imposición de la pena en la sentencia hay que tomar en consideración en la misma medida las necesidades preventivas especiales y generales a tenor de lo expuesto en los nm. 37-40. Por último, en la ejecución de la pena pasa totalmente a primer plano la prevención especial, como también pone de manifiesto el § 2 StVollzG, que sólo menciona la (re)socialización como "fin de la ejecución". Ahora bien, esto no puede interpretarse en el sentido de que los fines de la pena sobre los diferentes estadios de la aplicación del Derecho penal permitan dividirse con una nítida separación. No se trata de una tajante distinción por fases, sino de una ponderación diferenciada. Pues si la conminación penal debe conservar su función motivadora, la ejecución tampoco puede perder totalmente el efecto preventivogeneral (cfr. *supra* nm. 40 e *infra* nm. 44); no debe pretender conseguirlo aquí expresamente, pero debe estar garantizado mediante los condicionamientos en su marco. Por

---

[35] Sobre el problema del equilibrio entre prevención especial y general con la inclusión de los preceptos legales de determinación de la pena cfr. en particular el apartado "Determinación de la pena" (en tomo II).

otro lado, también sucede que la pena sólo puede desarrollar sus efectos preventivoespeciales si éstos ya están preprogramados en las disposiciones legales.

42 La teoría preventiva mixta acoge, pues, en su seno los enfoques preventivoespeciales y generales, a cuyo respecto unas veces es este y otras aquel punto de vista el que pasa a primer plano: Es cierto que, donde ambos fines entren en contradicción el uno con el otro, el fin preventivoespecial de resocialización se coloca en primer lugar (nm. 40). A cambio, la prevención general domina, sin embargo, las conminaciones penales (nm. 41) y justifica por sí sola la pena en caso de falta o fracaso de fines preventivoespeciales (nm. 37 s.), mientras que no se puede dar una pena preventivoespecial sin intención preventivogeneral alguna, a pesar de la dominancia absoluta del fin de socialización en la ejecución (nm. 40 s.). La teoría unificadora, tal y como aquí se defiende, no legitima, pues, cualquier utilización, sin orden ni concierto, de los puntos de vista preventivoespeciales y generales, sino que coloca a ambos en un sistema cuidadosamente equilibrado, que sólo en el ensamblaje de sus elementos ofrece un fundamento teórico a la pena estatal.

b) La renuncia a toda retribución

43 En una teoría unificadora o mixta correctamente entendida, la retribución no puede, por el contrario, entrar en consideración, ni siquiera como un fin atendible junto a la prevención [36]. Contra los fundamentos en favor de este veredicto, ya expuestos en nm. 8-10, se ha objetado en ocasiones que sólo la teoría de la retribución puede justificar el castigo de los criminales nazis, que actualmente vivían socialmente integrados y que ya no representaban ningún peligro. Pero eso no es correcto. Pues un castigo de estos hechos es necesario desde fundamentos preventivogenerales, porque si no se persiguieran se podría estremecer gravemente la conciencia jurídica general: si tales asesinatos se quedasen sin castigo, es posible que quisiera invocar el mismo tratamiento cualquier otro autor de homicidio, respecto del cual no hay peligro de reincidencia y exigir del mismo modo la impunidad. Esto obligaría a relativizar la validez de la prohibición de matar y su efecto preventivo de forma intolerable.

44 La idea de retribución tampoco cabe integrarla en la teoría mixta entendiendo, como a menudo sucede, que la "esencia" de la pena se ve en la causación retributiva de un mal, mientras que su fin justificador, en los objetivos preventivos del Derecho penal [37]. Pues las instituciones jurídicas no tienen

---

[36] De otra opinión sobre ello Arm. Kaufman, 1983, quien insiste en el poder legitimador de la retribución, aunque él también rechaza una "pura" retribución carente de prevención.

[37] Henkel, 1960, 9, objeta acertadamente contra la aceptación de que la "esencia" de la pena sea retribución: "Cuando los padres castigan a su hijo desobediente, lo hacen de forma razonable, para educarlo y se equivocan sobre el verdadero sentido del acto de castigar precisamente en cuanto se dejan arrastrar a los 'golpes retributivos' provocados emocionalmente. Que aparte de esto, la pena

"esencia" alguna independiente de sus fines, sino que esa "esencia" se determina mediante el fin que con ellos quiere alcanzarse. Cierto es solamente que toda pena es una intervención coercitiva del Estado y una carga para el condenado, en cuanto es inherente a ella un elemento represivo. La orden de disfrutar unas vacaciones en Mallorca no podría calificarse de pena. Pero eso no radica en un carácter retributivo de la pena conforme a su esencia, sino en que sus irrenunciables componentes de finalidad preventivogeneral (nm. 40 s.) se frustrarían si motivaran a la comisión de hechos delictivos en vez de a su omisión. En cambio, una pena terapéutica que consistiera en un "*training* social" no contradiría la "esencia" de la pena, puesto que tal pena exige del condenado esfuerzos mayores que el mero "cumplimiento pasivo" del sometimiento a custodia y, por tanto, de ninguna manera carece de efectos preventivogenerales.

Es cierto además que en el castigo reside un "reproche ético-social", como 45
hoy es admitido generalmente. Con este criterio se ha tratado de delimitar la pena en cuanto a su contenido de otras sanciones; así, de la pena disciplinaria como un "apercibimiento de deberes", o de la multa coactiva como un "medio de doblegación". De todas formas, estas diferencias son un poco artificiosas porque en el efecto sobre los afectados apenas son perceptibles y porque tales diferenciaciones desconocen que la delimitación de una sanción criminal o no criminal en los límites arriba trazados es una libre decisión del legislador (cfr. para más detalles § 2, nm. 39 ss.). Pero sea como fuere: del hecho de que en el castigo radica un "reproche social" no se deduce que la pena sea esencialmente retribución ni tampoco únicamente causación de un mal [38]. Pues de la desaprobación de una conducta se puede derivar igualmente la consecuencia de que tiende a su futura evitación en el sentido de influencia resocializadora.

c) El principio de culpabilidad como medio de limitación de la intervención

No obstante, a pesar de la renuncia a toda retribución, un elemento decisivo 46
de la teoría de la retribución debe pasar a formar parte también de la teoría preventiva mixta: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena. El defecto que les es propio a todas las teorías preventivas, cual es que su enfoque no entraña en sí las barreras del poder sancionador, necesarias en el Estado de Derecho (nm. 16, 31), se remedia óptimamente mediante una prohibición de rebasamiento de la culpabilidad. Según esto, la pena tampoco puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación revelen como deseable una

para menores prevista en el Derecho penal del menor no tiene carácter de retribución, sino que hay que interpretarla como pena educativa, eso no es discutido por nadie".

[38] Discr. en este punto p.ej. Jescheck, AT[4], § 8 I 2 b.

detención más prolongada. La intervención coercitiva estatal se quiebra en un caso así ante el interés de libertad del procesado, que debe someterse a las exigencias del Estado, pero no al arbitrio de éste, sino sólo en el marco de la culpabilidad del sujeto. El principio de culpabilidad tiene, pues, una función liberal absolutamente independiente de toda retribución, y por mor de la libertad de los ciudadanos también debería conservarse en un Derecho penal moderno.

47 La exigencia de que la pena no pueda ser en ningún caso superior a la culpabilidad del autor, se reconoce hoy en la República Federal de forma absolutamente mayoritaria. La mayoría de las veces se admite incluso que una pena que sobrepasa la medida de la culpabilidad atenta contra la dignidad del hombre (art. 1 GG), de forma que según esto el principio de culpabilidad tendría un rango constitucional en su función limitadora de la pena (BVerfGE 20, 323, 331) [39]. Esto es dudoso por lo menos en lo que respecta a la cuantía o magnitud de la pena, porque por regla general no se pone en tela de juicio la constitucionalidad de las medidas de seguridad no limitadas por el principio de culpabilidad (sobre ello, *infra* nm. 54 ss.) y porque ordenamientos jurídicos extranjeros, a los que no se puede reprochar un menosprecio de la dignidad humana, generalmente no han establecido legalmente de forma alguna el principio de culpabilidad [39a]. No obstante, el principio de culpabilidad es el medio más liberal y el psicológicosocial más propicio para la restricción de la coerción penal estatal que hasta ahora se ha encontrado. Puesto que el grado o la cuantía de la culpabilidad se determina por factores internos en la persona del autor y por la dimensión de los daños ocasionados, se puede contraponer eficazmente a las exigencias preventivas determinadas por los intereses de la sociedad. Además, corresponde al sentimiento jurídico general la restricción del límite superior de la pena a una duración correspondiente a la culpabilidad, lo cual, en esa medida, tiene pleno sentido también desde el punto de vista preventivo [40]. La sensación de justicia, a la cual le corresponde un gran significado para la estabilización de la conciencia jurídicopenal, exige que nadie pueda ser castigado más duramente que lo que se merece; y "merecida" es sólo una pena acorde con la culpabilidad.

48 Por el contrario, desde el punto de vista de teoría de la pena no hay objeción alguna contra una pena cuya cuantía se quede por debajo de la medida de la

[39] Ciertamente la sentencia se apoya explícitamente sólo en el principio del Estado de Derecho y asimismo vincula sólo la fundamentación de la pena (no la magnitud de la pena) claramente a la culpabilidad: "A la máxima de que toda pena presupone culpabilidad le corresponde un rango jurídicoconstitucional. Se basa en el principio del Estado de Derecho".

[39a] Sobre el ámbito de influencia jurídica anglosajona Henke, 1990.

[40] Sobre la complicada relación entre culpabilidad y prevención cfr. más detalladamente los apartados sobre "culpabilidad" (§ 19) y "determinación de la pena" (tomo II).

culpabilidad [41]. Ciertamente, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzarla siempre que eso lo permita su fin preventivo. En ello radica una diferencia decisiva frente a la teoría de la retribución, que, ciertamente, también limita la pena por la medida de la culpabilidad, pero que reclama en todo caso dicha pena correspondiente a la misma con independencia de toda necesidad preventiva.

La concepción aquí defendida evita también los reparos que se plantean 49
desde el punto de partida del determinismo contra una utilización del concepto de culpabilidad en Derecho penal. Pues ciertamente la culpabilidad presupone en el fuero interno la libertad de comportarse de una u otra forma. Pero cuando la afirmación de la culpabilidad humana sirve solamente para trazar una frontera a una intervención estatal necesaria desde fundamentos preventivos, la legitimidad de su reconocimiento como uno de los medios de salvaguarda de la libertad ciudadana no depende de su demostrabilidad empírica o epistemológica. Su aceptación es una posición normativa, una regla de juego social, que no responde a la pregunta de cómo está configurada **en su esencia** la libertad humana, sino que solamente dispone que el hombre debe ser **tratado** por el Estado como libre en principio y capaz de responsabilidad. La pregunta relativa a la existencia real de la libertad de voluntad puede y debe ser excluida debido a su imposibilidad de decisión objetiva [42]. Puesto que el principio de culpabilidad sólo sirve como instrumento para la restricción de la prevención, no perjudica a los particulares, sino que los protege; también un determinista puede admitir semejante principio jurídico normativo, porque ello no afecta a su convencimiento de la condición real del curso del mundo. En el Derecho sucede lo mismo con la culpabidad y la libertad que con la dignidad humana (que las presupone), cuya existencia asimismo no es "de-

---

[41] Sobre la compatibilidad de esta concepción con el Derecho vigente, sobre todo con el § 46 I, y sobre la discusión con opiniones discrepantes cfr. el apartado sobre la determinación de la pena (tomo II). Muy de acuerdo con la concepción aquí defendida Haft, AT[5], 124 ("modelo particularmente convincente"). En cambio, Fletcher, ZStW 101 (1989), 803, aboga por un Derecho penal retributivo justamente por los peligros que para el principio de igualdad ve en los objetivos utilitaristas. En este argumento se centraba la discusión —mayoritariamente contradiciendo a Fletcher— en las Jornadas de Profesores de Derecho Penal de 1989 en Trier (ZStW 101 [1989], 908). Sobre "Utilitarismo y principio de culpabilidad" en el pensamiento jurídicopenal anglosajón Henke, 1990.

[42] Es decir, cada uno puede contestarla según su opinión personal. En contra de esta posibilidad sobre todo Arth. Kaufmann, JZ 1967, 555; idem, Lange-FS, 1976, 28; Lenckner, 1972, 13 ss., 17 s.; Dreher, 1987; Griffel, ZStW 98 (1986), 28 ss.; idem, GA 1989, 193 ss. En contra resalta sobre todo Bockelmann, ZStW 75 (1963), 384, que el problema de la libertad de voluntad no "necesita tocarse" en el Derecho penal. Expresamente de acuerdo conmigo Backes, Maihofer-FS, 1988, 54 ss., con referencia a la analogía con más recientes teorías científicosociales. A favor de una "culpabilidad sin libertad" Streng, ZStW 101 (1989), 273 ss. Cfr. además Pothast, 1980; Kunz, ZStW 98 (1986), 823 ss.; Tiemeyer, ZStW 100 (1988), 527 ss. El problema no puede ser discutido ampliamente en este contexto. En el § 19 de este libro se tratan más a fondo las "Cuestiones fundamentales de la teoría de la responsabilidad".

mostrable", pero cuya admisión tampoco es impugnable con argumentos empíricos.

50 Las cosas son de otra manera si se contempla la retribución como cometido de la pena. Pues entonces no es la necesidad preventiva en lo que debe basarse la intervención estatal, sino la compensación de la culpabilidad; frente a esto se puede alegar con razón que las intervenciones estatales no se pueden fundar en suposiciones indemostrables, sino sólo en necesidades sociales. Pero esta objeción no afecta a la teoría unificadora aquí defendida.

51 Mediante la vinculación de la pena al principio de culpabilidad también se eliminan las objeciones que parten del hecho de que mediante la persecución de fines preventivos se trata al particular como "medio para el fin" y se le perjudica así en su dignidad como persona (nm. 4, 17, 31). En cuanto a los esfuerzos para la socialización preventivoespecial, sin duda se eliminan las objeciones ya por la necesidad de una colaboración voluntaria y autorresponsable del procesado (nm. 38). Pero en la medida en que en los fines de la pena se sigue tratando del aseguramiento individual y general y de la intimidación, tal objeción sólo puede afectar al supuesto de que al particular se le haga objeto de los fines preventivos más allá de la medida de su responsabilidad. Pues dentro del marco de lo merecido **toda** pena, dado que se le impone al sujeto contra su voluntad, supone tratar al afectado como medio para un fin que primariamente no es el suyo; y que ese fin sea de tipo preventivo-social o, por el contrario, ideal (retribución compensadora de la culpabilidad), no cambia en nada el hecho de que el condenado es siempre el objeto del poder coercitivo del Estado. Considerar esto inadmisible significaría que el Estado debería renunciar absolutamente a la pena y a la coerción, de lo cual no ha sido capaz todavía ningún ordenamiento jurídico conocido [43].

52 En ocasiones se ha intentado renunciar por completo al principio de culpabilidad, afectado por su anterior vinculación con la teoría retributiva y por las controversias filosóficas, y poner en manos del principio de proporcionalidad la necesaria limitación de la pena [44]. Pero éste no es el camino idóneo para la solución del problema [45], como ya muestra una ojeada a la ley. Pues según el Derecho vigente, las medidas de seguridad encuentran su límite en el principio de proporcionalidad (§ 62). Pero si el legislador siempre acude a

[43] Por lo demás, en casos especiales pueden justificarse también intervenciones en forma de "medidas de seguridad", que son independientes de la culpabilidad del autor o que la sobrepasan; cfr. sobre ello nm. 56 ss.

[44] Ellscheid/Hassemer, 1970. Calliess, 1974, 187, opina que detrás del principio de culpabilidad realmente se esconde el principio de proporcionalidad. Un intento de orientación criminológica de arreglarse en el Derecho penal sin el principio de culpabilidad y de resolver el problema del límite de la intervención mediante el principio de proporcionalidad nos ofrece Scheffler, 1985, así como idem, 1987; en contra del principio de culpabilidad y a favor de un "Derecho de medidas referido al hecho" tb. Baurmann, 1987 (crítico contra ambos autores Roxin, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 519). Cfr. sobre los que se oponen al principio de culpabilidad tb. en el § 19, nm. 43 ss.

[45] Cfr. sobre ello Roxin, 1973, 322; idem, SchwZStr 104 (1987), 363; Arth. Kaufmann, Lange-FS, 1976, 31 ss.

las medidas de seguridad allí donde la protección eficaz de la sociedad no está garantizada mediante penas (cfr. al respecto nm. 54 ss.), ello se debe a que las medidas de seguridad, a pesar de su restricción por el principio de proporcionalidad, posibilitan intervenciones mucho más fuertes en la libertad del inculpado que las que permite el castigo en los límites del principio de culpabilidad. Esto es también fácilmente explicable desde el planteamiento teórico, pues el interés de prevención se excluye precisamente en la determinación de la magnitud de la pena por el principio de culpabilidad —debido a su fijación sobre el hecho cometido—, y este efecto limitador de la pena no puede lograrse por ningún otro principio. El principio de proporcionalidad significa solamente una prohibición del exceso en el marco de la duración de una sanción determinada sólo preventivamente (cfr. nm. 58) y ofrece mucho menos para la limitación de la intervención coercitiva del Estado; por eso no puede reemplazar al principio de culpabilidad.

d) Recapitulación

La teoría penal aquí defendida se puede resumir, pues, como sigue: la pena 53
sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivoespeciales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivogenerales. Una concepción así no tiene en modo alguno un significado predominantemente teórico, sino que, aparte de lo ya expuesto, tiene también muchas e importantes consecuencias jurídicas. Cómo repercute en particular esta teoría en la aplicación del Derecho vigente es algo que tan sólo puede ser expuesto más detalladamente en posteriores partes de este libro, así, en la discusión de la culpabilidad (§ 19), del sistema de sanciones (tomo II) y de la determinación de la pena (tomo II).

II. Finalidad y límites de las medidas de seguridad; la relación entre pena y medidas

Ya se ha señalado que nuestro Código Penal prevé junto a las penas también 54
medidas de seguridad y que esta doble vía del sistema de sanciones marca el elemento estructural fundamental de nuestra regulación de las consecuencias jurídicas (§ 1 nm. 2-4). A tenor de la discusión de las teorías penales se comprende asimismo por qué un Derecho penal obligado con el principio de culpabilidad necesita la segunda vía de las medidas de seguridad: la autorrestricción de la intervención coactiva del Estado, que se asienta en la medida de la culpabilidad, posibilita ciertamente, por regla general, un adecuado equilibrio entre los intereses de protección estatales y los intereses de libertad del justiciable; sin embargo, la peligrosidad de un sujeto puede ser en particular tan

grande para la colectividad, que la pena ajustada a la culpabilidad no baste para proteger suficientemente de sus ataques a la colectividad. Cuando p.ej. un deficiente mental que sólo es imputable en una pequeña medida comete hechos violentos graves y es previsible que los vuelva a cometer, entonces su reducida culpabilidad (§ 21) justifica sólo una pena pequeña, pero la protección de la generalidad hace necesario además de eso que se le ingrese en un hospital psiquiátrico (§ 63) en atención a los fines de corrección y aseguramiento [45a]. Semejante es el caso de los adictos al alcohol y toxicómanos, cuya culpabilidad es a menudo pequeña y que deben ser ingresados en un establecimiento de deshabituación o desintoxicación (§ 64) para evitar los peligros que de ellos puedan provenir (y en su propio interés). También sobre sujetos en los cuales no concurran alteraciones de tal modo manifiestas puede imponerse un internamiento o custodia de seguridad, que sobrepase en su duración la pena posible según el principio de culpabilidad, siempre que aquéllos sean reincidentes y amenacen con causar ulteriores daños graves (cfr. § 66). También las restantes medidas de seguridad, que se exponen de forma sintética en el § 61 y que tan sólo pueden ser tratadas en particular posteriormente (en el tomo II), se asientan todas ellas sobre la idea de una peligrosidad del autor para la colectividad, que no se elimina mediante la pena.

55 El fin de las medidas de seguridad es, por tanto, de tipo preventivo. Dentro del mismo, su cometido primario es en todo caso preventivoespecial porque, con la ayuda de la medida de seguridad, se trata de evitar futuros actos delictivos del afectado por ella. Sin embargo, los acentos se reparten de forma diferente, por cuanto el fin preventivoespecial no aparece de la misma forma en las medidas en particular. Así, el internamiento preventivo o de seguridad manifiesta exclusivamente el componente asegurativo de la prevención especial, mientras que en el caso de los hospitales psiquiátricos se colocan ciertamente al mismo nivel los fines de aseguramiento y de resocialización. Aparte de ello, la mayoría de las medidas de seguridad surten también un efecto preventivogeneral y esto ha sido también tenido en cuenta por el legislador como fin secundario: una medida de seguridad como la privación del permiso de conducir (§ 69) tiene la mayoría de las veces un efecto más intimidatorio sobre la comunidad que la pena que cabe esperar en los delitos de tráfico, y también en el círculo de los delincuentes por tendencia a menudo se teme más al internamiento o custodia de seguridad que a la pena.

56 Resulta por tanto que el fin de la pena y de las medidas de seguridad no se diferencia en esencia. Ciertamente, los fines preventivos se persiguen por

---

[45a] Haffke, R & P 1991, 94, describe de forma sugerente la "ambivalencia del § 21", por el que la atenuación de la pena en muchos casos es "comprada" a cambio del internamiento en un hospital psiquiátrico. Con razón exige que "se discipline conforme al Estado de Derecho el Derecho sobre medidas de seguridad y sobre internamientos".

las medidas de seguridad de una forma diferente y que la mayoría de las veces contrasta también con la orientación de los cometidos de la pena en el caso individual, pero la tendencia fundamental preventiva es la misma. En consecuencia, pena y medida de seguridad se diferencian no en el fin, sino en la limitación. La medida de seguridad no está ligada en su gravedad y duración a la medida de la culpabilidad, sino sólo al principio de proporcionalidad, que admite injerencias más amplias que las permitidas por la pena.

De ahí que surja la pregunta de cómo se puede justificar la facultad estatal **57**
para sanciones-medidas de seguridad tan incisivas. Hasta ahora, ello ha ocupado a la ciencia mucho menos que la cuestión sobre la justificación de la pena [46], aunque su importancia no es menor. La respuesta sólo puede surgir de la idea de ponderación de bienes. Según esto puede privarse de libertad cuando su disfrute conduzca con una elevada probabilidad a menoscabos ajenos que globalmente pesan más que las restricciones que el causante del peligro debe soportar por la medida de seguridad [47]. Para ello se ponen el "valor y la dignidad del hombre... con todo su peso sobre el plato de la balanza. Cuanto más se aprecien por el orden jurídico, tanto más estrecho se trazará el círculo de los peligros contra los cuales se aplican las medidas preventivas" [48]. Frecuentemente, en lugar de al principio de ponderación de bienes, se alude a la idea del vínculo con la comunidad de la libertad humana, que se pierde en casos de abuso grave, mientras que en caso de defectos corporales o psíquicos de la persona "la idea del tratamiento curativo" justifica la medida [49]. El argumento del abuso no aclara, sin embargo, la cuestión decisiva de por qué se pierde la libertad más allá de la medida de la propia responsabilidad; y la idea del tratamiento curativo como tal no justifica todavía una coacción. Esta laguna de fundamentación en ambos casos sólo puede colmarse mediante el principio de ponderación de bienes.

Desde el punto de vista de este principio es evidente lo que el § 62 incluso **58**
expresamente manifiesta: que una medida no puede ser ordenada, a pesar de

---

[46] Cfr. Kaiser, 1990, 6, n. 15: "... un desarrollo teórico autónomo, comparable con la teoría de la pena, no existe".

[47] Fundamentalmente de acuerdo Nowakowski, v. Weber-FS, 1963, 103: "principio del interés preponderante"; Stratenwerth, AT[3], nm. 36; parecido tb. Schmidhäuser, LB AT[2], 21/8, n. 4: "interés de una vida de alguna forma útil en sociedad"; idem, StuB AT[2], 16/7. También Kaiser, 1990, 48 s., encuentra la justificación de las medidas "en el interés público preponderante... El interés público prevalece cuando los posibles delitos son graves y la probabilidad de comisión alta".

[48] Nowakowski, v. Weber-FS, 1963, 105. De ello se deduce que la dignidad humana requiere un uso moderado de las medidas de seguridad que sobrepasan la culpabilidad, pero nada se opone de forma absoluta a tales intervenciones (cfr. ya nm. 47, n. 43). Por otro lado está claro que frente a una solución que permitiría en general una cierta transgresión de la medida de la culpabilidad, de acuerdo con el Estado de Derecho es mejor una regulación que, como la nuestra, liga en principio a la medida de la culpabilidad la facultad de imponer sanciones jurídicocriminales y sólo en casos excepcionales permite sobrepasarla (cfr. sobre ello tb. nm. 62).

[49] Así Jescheck, AT[4], § 9 II, refiriéndose sobre todo a Welzel, StrafR[11], § 32 II.

una peligrosidad existente, "si no guarda proporción con la importancia del hecho cometido por el autor y de los hechos que se esperan, así como tampoco con el grado del peligro que emana de él". El principio de proporcionalidad fluye de la idea del Estado de Derecho (BVerfGE 23, 127, 133, con ulteriores referencias), y por lo tanto tiene rango jurídicoconstitucional y concreta el principio de ponderación de bienes en el sentido de una prohibición de exceso: los daños y peligros que parten del autor deben soportarse, a pesar del interés preventivo en evitarlos, cuando son menores que la pérdida de libertad que conllevaría la medida para el implicado. En numerosas medidas esta idea se ha desarrollado aún más detalladamente en los preceptos particulares (cfr. p.ej. § 66 I n.º 3 respecto del internamiento preventivo o de seguridad).

59 La concepción aquí defendida, según la cual pena y medida tienen el mismo fin y se distinguen en el tipo de su delimitación, significa un acercamiento a la vía única. Pues, según ello, las sanciones del StGB están establecidas en cuanto a su fin en una vía única y sólo en su delimitación transcurren por dos vías distintas. En cambio la teoría de la retribución expresa una marcada forma de doble vía, en cuanto para ella se distinguen claramente pena y medidas tanto según su fin como según sus límites: para ella la pena mira retrospectivamente al hecho cometido y se orienta a la culpabilidad, mientras que la medida mira hacia el futuro y sólo se fija en la futura peligrosidad. Pero, como tal entendimiento de la pena ya no es posible hoy, puesto que también la pena persigue fines preventivos (nm. 36 ss.), la expresión acertada para nuestro entendimiento diferente de la pena es un sistema de sanciones que se encuentra entre la doble y la única vía.

60 Tampoco sirve de ayuda construir una distinción esencial entre pena y medida de tal manera que en el castigo se vea una desaprobación éticosocial, que no debe ser inherente a la imposición de una medida [50]. Pues no se comprende por qué, p.ej., en una "embriaguez en el tráfico" (§ 316) debe expresarse la reprobación social solamente en el castigo y, sin embargo, no en la consiguiente "retirada del permiso de conducir" (§ 69). Algo similar rige para el internamiento o custodia de seguridad, inhabilitación profesional, etc.: la comunidad y el propio autor considerarán con razón la imposición de tales medidas como expresión de un fallo frente a la sociedad particularmente grave, y en casos de responsabilidad también reprochable, de modo que la tesis de que la desaprobación sólo se hace valer mediante la pena, contradice la realidad de la vida y lleva dentro de sí distinciones que no le son inherentes.

61 La tesis de una vía única en los fines de penas y medidas se confirma por parte de la ley mediante la institución del llamado "sistema vicarial" [51]. Según

[50] Así p.ej. Bockelmann/Volk, AT^4, § 43 I 1.

[51] Lat. *vicarius* = el que sustituye, el que hace las veces. *"Vikariieren"* significa, por tanto, "sustituirse recíprocamente".

el § 67, en caso de imposición simultánea de una pena privativa de libertad y una medida también privativa de libertad, el internamiento en un hospital psiquiátrico (§ 63) y en un centro de desintoxicación (§ 64) por regla general es ejecutado antes de la pena y computado a efectos de la misma, de modo que en numerosos casos ya no necesita ser cumplida una pena en un establecimiento penitenciario. Ciertamente también puede cumplirse la pena antes que la medida, "cuando el fin de la medida" se consiga así con más facilidad (§ 67 II). Esta intercambiabilidad discrecional de pena y medida, que se orienta sólo a la dimensión de la efectividad preventiva, prueba indiscutiblemente que el legislador ve el fin de ambas consecuencias jurídicas en la prevención y que sólo utiliza como baremo para su aplicación la eficacia al servicio de la prevención de delitos. De todas formas, el internamiento o custodia de seguridad, puesto que no es mencionado en el § 67, siempre hay que cumplirlo después de la pena, pero también esto tiene un fundamento preventivo: como la medida según el § 66 persigue un mero aseguramiento mediante el internamiento, es más pertinente cumplir primero la pena, que debe ser concebida de forma resocializadora y que puede hacer superfluo, en su caso, el posterior internamiento o custodia de seguridad, a tenor del § 67 c I.

Puede plantearse la pregunta de si la amplia fungibilidad de pena y medida **62**
no sugiere el total paso hacia la vía única y, con ello, la renuncia a la pena. Esta pretensión ha sido puesta de manifiesto una y otra vez en las reformas y parcialmente llevada a cabo en el extranjero (Suecia, Inglaterra, Bélgica, Grecia) [52]. No obstante, es preferible el sistema realizado en la República Federal, que mantiene en pie la doble vía en la limitación de la pena. Pues, según ello, la pena constituye por su vínculo con la culpabilidad, en comparación con la medida, la intervención menor en la libertad del ciudadano. El mantenimiento de la pena significa que el legislador, por regla general, sólo piensa realizar su interés preventivo en el marco trazado por la culpabilidad por el hecho y que, en atención a la libertad de los ciudadanos, también admite mermas preventivas, que pueden producirse cuando la medida de culpabilidad pone un límite a la duración de la sanción. Solamente en casos excepcionales de una puesta en peligro de la comunidad especialmente consistente puede saltarse este límite mediante la imposición de una medida. Si, mediante la abolición de la pena, se elevara esta excepción a la categoría de ley de validez general, ello supondría renunciar a una parte importante de liberalidad y dar un paso más hacia el Estado de bienestar total, que no parece deseable políticosocialmente.

---

[52] Más detalladamente Jescheck, AT[4], § 9 II 3.

III. ¿La reparación como tercera vía del Derecho penal?

Bibliografía: Seelmann, Strafzwecke und Wiedergutmachung, Zeitschrift für evangelische Ethik, 1981, 44; Ostendorf, Alternativen zur strafverurteilenden Konflikterledigung, ZRP 1983, 302; Rössner/Wulf, Opferbezogene Strafrechtspflege, 1984; Roxin, Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, en: Schöch (ed.), Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, 37; Frehsee, Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1987; Schneider, Wiedergutmachung und Strafe, Universitas 1988, 1151; Lüderssen, Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs, 1989; Eser y otros (eds.), Wiedergutmachung im Strafrecht einschl. Rechtsstellung und Entschädigung des Verletzten im Strafverfahren, 1989; Weigend, Deliktsopfer und Strafverfahren, 1989; Eser/Kaiser/Madlener (eds.), Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht, 1990; Rössner, Täter-Opfer-Ausgleich und Kriminalitätsverhütung, en: Frank/Harrer (eds.), Der Sachverständige im Strafrecht/Kriminalitätsverhütung, Forensia-Jahrbuch, t. 1, 1990, 164; Hirsch, Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts, ZStW 102 (1990), 534; Schreckling y otros, Bestandsaufnahme zur Praxis des Täter-Opfer-Ausgleichs in der Bundesrepublick Deutschland, 1991; Dölling, Der Täter-Opfer-Ausgleich, JZ 1992, 493; Kinkel, Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung, BewHi 1992, 300; Pfeiffer, Täter-Opfer-Ausgleich etc., ZRP 1992, 338; Rössner, Täter-Opfer-Ausgleich in der Justizpraxis, en: Jehle (ed.), Individualprävention und Strafzumessung, 1992, 309; Rössner, Strafrechtsfolgen ohne Übelszufügung?, NStZ 1992, 409; Roxin, Zur Wiedergutmachung als einer "dritten Spur" im Sanktionensystem, Baumann-FS, 1992, 243; Schmidt-Hieber, Ausgleich statt Geldstrafe, NJW 1992, 2001; Schöch, Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug? (Gutachten), en: Verhandlungen des 59. DJT, Hannover 1992, t. I, Parte C; Sitzungsberichte, en: Verhandlungen des 59. DJT Hannover, 1992, t. II, Parte O; Walter/Schuldzinski, Der Täter-Opfer-Ausgleich etc., StA-Schleswig-Holstein-FS, 1992, 559; P. A. Albrecht, Strafrechtsverfremdende Schattenjustiz - zehn Thesen zum Täter-Opfer-Ausgleich, Schüler-Springorum-FS, 1993, 81; Bannenberg, Wiedergutmachung in der Strafrechtspraxis, 1993; Baumann, Zur Repersonalisierung des Strafrechts, Stree/Wessels-FS, 1993, 41; Brauneck, Trennendes und verbindendes Denken, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 417; Hering/Rössner (eds.), Täter-Opfer-Ausgleich im allgemeinen Strafrecht, 1993; Hirsch, 25 Jahre Entwicklung des Strafrechts, en: Jur. Studiengesellschaft Regensburg (ed.), 25 Jahre Rechtsentwicklung etc., 1993, 35; Kley-Struller, Wiedergutmachung im Strafrecht, 1993; Lampe, Wiedergutmachung als "dritte Spur" des Strafrechts?, GA 1993, 485; Pfeiffer, Opferperspektiven - Wiedergutmachung und Strafe aus der Sicht der Bevölkerung, Schüler-Springorum-FS, 1993, 53; Roxin, Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem, Lerche-FS, 1993, 301.

63 En los últimos años se discute vivamente la cuestión y se estudia en proyectos modelo si la reparación del daño, como sanción novedosa frente a las penas y a las medidas, puede dar lugar a una "tercera vía" del Derecho penal [53]. Ya el Derecho vigente contiene planteamientos para una integración de la reparación del daño en el Derecho penal (§§ 56 b, 57 III, 57 a III, 59 a II, 46 II; en la JGG §§ 15, 45, 47); sin embargo en la praxis todavía se utiliza poco. En cambio, hay motivos convincentes que hablan en favor de una amplia inclusión de la reparación del daño en el Derecho penal. Pues con ello se sirve

[53] Críticamente frente a la "tercera vía" y a una inclusión amplia de la reparación del daño en el Derecho penal Hirsch, ZStW 102 (1990), 534 (anticrítica en Roxin, Baumann-FS, 1992, 243). En contra opina Lüderssen, 1989, 38, "que como legítimo sólo queda aquel fundamento para el Derecho penal público que ve en el mismo una protección generalizadora de la víctima"; conforme a ello (p. 60) debe "tratarse tan sólo de compensación y resocialización". Documentan ampliamente la discusión internacional Eser/Kaiser/Madlener (eds.), 1990; también aquí quedan claras las diversas posiciones en los informes de síntesis de Roxin (p. 367) y Hirsch (p. 377).

más a los intereses de las víctimas que con una pena privativa de libertad o de multa, que a menudo realmente frustran una reparación del daño por el autor. Investigaciones empíricas también han demostrado que tanto el lesionado como la comunidad otorgan nulo o escaso valor a un castigo adicional del autor ante la reparación del daño en la forma de una composición autor-víctima, en casos de pequeña o mediana criminalidad. De ahí que, en casos que actualmente se castigan con una pequeña pena de multa, se podría prescindir de la pena cuando se produce una reparación total del daño; y en delitos más graves la reparación del daño podría originar de todos modos una remisión condicional de la pena o una atenuación obligatoria de la pena. El Proyecto Alternativo de reparación del daño (1992) presenta una propuesta de ley muy elaborada, mediante la cual puede integrarse la reparación del daño en el sistema jurídicopenal de sanciones [53a].

La reparación del daño no es, según esta concepción, una cuestión mera- 64
mente jurídicocivil, sino que contribuye esencialmente también a la consecución de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima. Puede ser experimentada por él, a menudo más que la pena, como algo necesario y justo y puede fomentar un reconocimiento de las normas. Por último la reparación del daño puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima y, de ese modo, facilitar esencialmente la reintegración del culpable. Además, la reparación del daño es muy útil para la prevención integradora (nm. 27), al ofrecer una contribución considerable a la restauración de la paz jurídica. Pues sólo cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad considerarán eliminada —a menudo incluso independientemente de un castigo— la perturbación social originada por el delito.

La legitimación políticojurídica de la reparación del daño como una "tercera 65
vía" de nuestro sistema de sanciones la proporciona el principio de subsidiariedad (cfr. § 2, nm. 28 ss.). Así como la medida sustituye o completa la pena como "segunda vía" donde ésta, a causa del principio de culpabilidad, no

[53a] Afirmativo en lo fundamental Dölling, JZ 1992, 493; Rössner, NStZ 1992, 409; Schmidt-Hieber, NJW 1992, 2001; Roxin, Lerche-FS, 1993, 301; críticamente en contra Lampe, GA 1993, 485; Loos, ZRP 1993, 51. Hirsch, 1993, 35, 41 ss., rechaza el Proyecto Alternativo como "concepto resignación" con "rasgos abolicionistas". Sin embargo, una propuesta socialmente constructiva de esta índole no tiene que ver nada con resignación; y no se puede hablar de abolicionismo, puesto que el tener en cuenta la reparación del daño tiene lugar en el marco del sistema jurídicopenal de sanciones. También las LIX Jornadas de Juristas Alemanes (DJT) de 1992, dedicadas a "las sanciones penales sin privación de libertad", se han ocupado de la reparación del daño y han defendido su mayor implicación en el Derecho penal, aunque sin cambios legales; pero de momento proponiendo sólo que se agoten mejor las posibilidades del Derecho vigente; cfr. el informe de Schöch, 1992, t. I, Parte C, así como, sobre el desarrollo de las jornadas y las conclusiones: Sitzungsberichte, 1992, t. II, Parte O.

puede, o sólo de forma limitada, satisfacer las necesidades preventivoespeciales, del mismo modo la reparación del daño sustituiría como "tercera vía" a la pena, o la atenuaría complementariamente allí donde satisface los fines de la pena y las necesidades de la víctima igual o mejor que una pena no atenuada. Ciertamente todo esto es hasta ahora más programa que realidad: sólo se podrá hablar de un Derecho penal de tres vías (en vez del actual de dos vías), cuando el legislador tenga en cuenta la reparación del daño en el sistema de sanciones de una manera totalmente distinta a la actual [54].

[54] Un impulso en esta dirección podría proporcionarlo el "Proceso de conciliación para el arreglo extrajudicial de una causa penal", vigente en los nuevos Estados de la República Federal tras el Tratado de Unificación (§§ 40 ss. de la Ley sobre las comisiones de arbitraje en los municipios, de 13-9-1990), que pretende alcanzar el restablecimiento de la paz social y el arreglo-autor-víctima por medio de la aceptación voluntaria de obligaciones por parte del autor y que, tras su satisfacción, prevé un sobreseimiento por la fiscalía (cfr. §§ 43, 45 Ley cit.). En ello se apoya actualmente una propuesta de un "proceso en materia de infracciones", que estaría entre el procedimiento de la multa administrativa y el proceso penal, para el tratamiento procesal de la pequeña criminalidad (Lampe, 1993).

§ 4. La reforma del Derecho penal alemán desde 1871

La siguiente relación sólo puede aportar una selección de la amplia bibliografía existente sobre la reforma. A tal efecto se ha concedido mayor importancia a los trabajos sobre cuestiones básicas o de síntesis, o a los que se refieren a la última fase de la reforma. A los artículos relativos a problemas concretos, en la medida en que sigan siendo actuales, se hará referencia dentro del correspondiente apartado de la segunda parte de este libro. En cuanto a los trabajos publicados en obras colectivas, en la mayoría de los casos no se los ha citado separadamente. Como complemento debe acudirse a las relaciones bibliográficas de los §§ 2 y 3.

Bibliografía: v. Listz, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, 2 tomos, 1905 (reimpr. 1970); v. Birkmeyer, Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig?, 1907; Aschrott/v. Liszt, Die Reform des StGB, 2 tomos, 1910; Radbruch, Regierungsvorlage 1922 und Reichsratsvorlage 1924, ZStW 45 (1925), 417; Aschrott/Kohlrausch, Reform des Strafrechts, 1926; Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, AT, [2]1935, BT, [2]1936; Georgakis, Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz v. Liszts, 1940; Lange, Grundfragen der deutschen Strafrechtsreform, SchwZStr 70 (1955), 373; Eb. Schmidt, Die Reform des Strafrechts im Rückblick auf Berliner Impulse in der Geschichte der modernen Kriminalpolitik, 1955; Jescheck, Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform, 1957; Eb. Schmidt, Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform, ZStW 69 (1957), 359; Heinitz, Der Entwurf des Allgemeinen Teils des StGB vom kriminalpolitischen Standpunkt aus, ZStW 70 (1958), 1; Leferenz, Der Entwurf des Allgemeinen Teils eines StGB in kriminologischer Sicht, ZStW 70 (1985), 25; Peters/Lang-Hinrichsen, Grundfragen der Strafrechtsreform, s. f. (1959); Lange, Wandlungen in den kriminologischen Grundlagen der Strafrechtsreform, Juristentags-FS, t. 1, 1960, 345; Nowakowski, Der Beitrag des deutschen Juristentages zur gesamtdeutschen Strafrechtsreform, Juristentags-FS, t. 1, 1960, 55; Radbruch, Der innere Weg, [2]1961; H. Mayer, Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962; Baumann, Entwurf eines StGB, Allgemeiner Teil, 1963; Jescheck, Die weltanschaulichen und politischen Grundlagen des Entwurfs eines Strafgesetzbuches (E 1962), ZStW 75 (1963), 1; Schorn, Die Gesetzgebung des Nationalsozialismus als Mittel der Machtpolitik, 1963; Stratenwerth, Die Definitionen im AT des E 1962, ZStW 76 (1964), 669; Baumann, Kleine Streitschriften zur Strafrechtsreform, 1965; Heinitz/Würtenberger/Peters, Gedanken zur Strafrechtsreform, 1965; Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, [3]1965; Kaiser, Zur kriminalpolitischen Konzeption der Strafrechtsreform, ZStW 78 (1966), 100; Schultz, Kriminalpolitische Bemerkungen zum Entwurf eines Strafgesetzbuches, E 1962, JZ 1966, 113; Woesner, Die kriminalpolitischen Grundsatzentscheidungen der Großen Strafrechtsreform in kritischer Sicht, NJW 1966, 321; Baumann, Bauer y otros, Die deutsche Strafrechtsreform, 1967; Lackner, Der Alternativentwurf und die praktische Strafrechtspflege, JZ 1967, 513; Reinisch (ed.), Die deutsche Strafrechtsreform, 1967; Eb. Schmidt, Freiheitsstrafe, Ersatzfreiheitsstrafe und Strafzumessung im Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs, NJW 1967, 1929; Baumann, Konsequenzen aus einer Reformarbeit - Nicht aufgenommene Vorschläge für die Strafrechtsreform, Radbruch-GS, 1968, 337; Baumann, Beschränkung des Lebensstandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe, 1968; Baumann (ed.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968; Gallas, Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 (1968), 1; Grünwald, Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 (1968), 89; Jescheck, Die kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuchs (Allgemeiner Teil), ZStW 80 (1968), 54; Arm. Kaufmann, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW 80 (1968), 34; Arth. Kaufmann, Der Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches und das Erbe Radbruchs, Radbruch-GS, 1968, 324; Baumann, Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform, 1969; Baumann (ed.), Mißlingt die Strafrechtsreform?, 1969; Lange, Das Menschenbild des Positivismus und die philosophische Anthropologie un-

serer Zeit, ZStW 81 (1969), 556; Müller-Emmert, Die Strafrechtsreform, DRiZ 1969, 273, 319, 349; Müller-Emmert/Friedrich, Die kriminalpolitischen Grundzüge des neuen Strafrechts nach den Beschlüssen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, JZ 1969, 245; Roxin, Franz v. Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, ZStW 81 (1969), 613 (= Liszt-GS, 1969, 69 = Grundlagenprobleme, 32) [= Problemas básicos, 1976, 37]; Grünwald, Die Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland und in der Deutschen Demokratischen Republik, ZStW 82 (1970), 250; Maiwald, Wege zur Strafrechtsreform, 1970; Schroeder, Die neuere Entwicklung der Strafgesetzgebung in Deutschland, JZ 1970, 393; Stratenwerth/Schultz, Leitprinzipien und kriminalpolitische Aspekte der Strafrechtsreform, 1970; Sturm, Die Strafrechtsreform, JZ 1970, 81; Würtenberger, Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat, 1970; Kaiser, Entwicklungstendenzen des Strafrechts, Maurach-FS, 1972, 25; Lange, Strafrechtsreform - Reform im Dilemma, 1972; Schroeder, Die Strafgesetzgebung in Deutschland, 1972; Horstkotte/Kaiser/Sarstedt, Tendenzen in der Entwicklung des heutigen Strafrechts, 1973; Jescheck, Die Kriminalpolitik der deutschen Reformgesetze im Vergleich mit der österreichischen Regiereungsvorlage 1971, Gallas-FS, 1973, 28; Jescheck, Deutsche und österreichische Strafrechtsreform, Lange-FS, 1974, 365; Madlener/Papenfuss/Schöne (eds.), Strafrecht und Strafrechtsreform, 1974; Seidl, Der Streit um den Strafzweck zur Zeit der Weimarer Republik, 1974; Jescheck, Strafrechtsreform in Deutschland, Allgemeiner Teil, SchwZStr 91 (1975), 1; Marxen, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahre, 1975; Naucke, Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung, 1975; Roxin/Stree/Zipf/Jung, Einführung in das neue Strafrecht, ²1975; v. Bülow, Strafrecht und Kriminalpolitik, en: de With (ed.), Deutsche Rechtspolitik, 1976; R. v. Hippel, Reform der Strafrechtsreform, 1976; Maiwald (ed.), Wege zur Strafrechtsreform, 1976; Blau, Die Kriminalpolitik der deutschen Strafrechtsreformgesetze, ZStW 89 (1977), 511; Horn, Neuerungen der Kriminalpolitik im deutschen Strafgesetzbuch 1975, ZStW 89 (1977), 547; Horstkotte, Die Anfänge der Strafrechtsreform - aktuelle und überholte Fragen, en: Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz, 1977, 325; Sturm, Grundlinien der neueren Strafrechtsreform, Dreher-FS, 1977, 513; Ebert, Tendenzwende in der Straf- und Strafprozeßgesetzgebung?, JR 1978, 136; Lüttger, Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung, 1979; Achenbach, Kriminalpolitische Tendenzen in den jüngeren Reformen des Besonderen Strafrechts und des Strafprozeßrechts, JuS 1980, 81; Amelung, Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung, ZStW 92 (1980), 19; Jescheck, Das neue deutsche Strafrecht in der Bewährung, Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft 1980, 18; Roxin, Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativ-Entwürfen, JA 1980, 545; Schöch, Kriminologie und Strafgesetzgebung, ZStW 92 (1980), 143; Jescheck (ed.), Strafrechtsreform in der BRD und in Italien, 1981; Heinz, Strafrechtsreform und Sanktionsentwicklung, ZStW 94 (1982), 632; Rogall, Stillstand oder Fortschritt in der Strafrechtsreform?, ZRP 1982, 124; Schubert, Die Quellen zum StGB von 1870/71, GA 1982, 191; Jelowik, Zur Geschichte der Strafrechtsreform in der Weimarer Republik, 1983; Jescheck, Strafrechtsreform in Deutschland, Allgemeiner und Besonderer Teil, SchwZStr 100 (1983), 1; Marxen, Die rechtsphilosophische Begründung der Straftatlehre im Nationalsozialismus, ARSP, Beiheft 18, 1983, 55; Naucke, Über deklaratorische, scheinbare und wirkliche Entkriminalisierung, GA 1984, 199; Reifner/Sonnen (eds.), Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich, 1984; Rüping, Strafjustiz im Führerstaat, GA 1984, 297; Spencke, Rechtsbeugung durch Rechtsprechung, 1984; Rüping, Bibliographie zum Strafrecht im Nationalsozialismus, 1985; Spendel, Unrechtsurteile der NS-Zeit, Jescheck-FS, 1985, 179; Terhorst, Polizeiliche Vorbeugungshaft im Dritten Reich, 1985; Eser, 100 Jahre deutscher Strafgesetzgebung, en: v. Dijk, Criminal Law in Action, 1986, 49; Hirsch, Bilanz der Strafrechsreform, H. Kaufmann-GS, 1986, 133; Jescheck, Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht, ZStW 98 (1986), 1; Jung, Fortentwicklung des strafrechtlichen Sanktionssystems, JuS 1986, 741; Eser/Cornils, Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987; Lüderssen, Neuere Tendenzen der deutschen Kriminalpolitik, StrV 1987, 163; Eser, Hundert Jahre deutscher Strafgesetzgebung. Rückblick und Tendenzen, Maihofer-FS, 1988, 109; Grundmann, Justiz im Dritten Reich 1933-1940, 1988; Helmann, Strafrechtskritik und Strafrechtsreform 1954-1988, 1988; Schubert/Regge/Rieß/Schmid (eds.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, Secc. II: NS-Zeit (1933-1939), t. 2, Parte 1, 1988; Werle, Zur Reform des Strafrechts in der NS-Zeit: Der Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs 1936; NJW 1988, 2865; Werle, Justiz-Straf-

recht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, 1988/89, 1.ª Parte; Holtz, Der politische Entscheidungsprozeß zu den Strafrechtsreformen in der Zeit von 1962 bis 1975, tes. doct. Freiburg, 1989; Schubert/Regge/Rieß/Schmid (eds.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, Secc. II: NS-Zeit (1933-1939), t. 1, Parte 1; t. 2, Parte 2, 1989; Baumann, Die große Reform im Strafrecht, en: K. W. Nörr (ed.), 40 Jahre BRD etc., 1990, 293; Lenckner, 40 Jahre Strafrechtsentwicklung in der BRD: Der BT des StGB etc., en: K. W. Nörr (ed.), 40 Jahre BRD etc., 1990, 325; Marxen, Das Problem der Kontinuität in der neueren deutschen Strafrechtsgeschichte, KritV 1990, 287; Schubert/Regge/Rieß/Schmid (eds.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, Secc. II: NS-Zeit (1933-1939), t. 1, Parte 2; t. 2, Parte 3, 1990; H. L. Günther, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik im vereinten Deutschland, ZStW 103 (1991), 851; Frommel, Verbrechensbekämpfung in Nationalsozialismus, Gagnér-FS, 1991, 47; Rüping, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, ²1991; Hirsch, 25 Jahre Entwicklung des Strafrechts, en: Jur. Studiengesellschaft Regensburg (ed.), 25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland etc., 1993, 35.

I. El RStGB de 1871

La historia de la reforma del Derecho penal sólo se comprende tomando como fondo la discusión nunca cesante sobre el concepto material de delito y el fin de la pena (cfr. *supra* §§ 2, 3). El StGB de 1871 se basaba, en sus fundamentos, en el StGB prusiano de 1851 y éste, a su vez, como en general las legislaciones penales alemanas del siglo XIX, fue influenciado esencialmente en cuanto a su contenido jurídico por el StGB bávaro de Feuerbach de 1813 [1]. Es un Código del Estado de Derecho, que destaca por sus tipos claros, concisos y ejemplarmente formulados, que en gran parte conservan su validez hasta hoy; un bonito ejemplo es el parágrafo del hurto (§ 242), que (aparte de la conminación penal) ha permanecido igual desde 1871 hasta hoy. En la formulación de los principios de la teoría general del delito, es decir, en la regulación jurídica de la Parte general, el viejo Código penal, en conformidad con una dogmática que se encontraba entonces todavía en sus comienzos, se impuso moderación y con ello se dejó un benéfico espacio al desarrollo de la ciencia. 1

Desde el punto de vista teóricopenal el trabajo legislativo se basaba, aunque sin expresarlo explícitamente, en una teoría de la retribución puesta al servicio de la prevención general. En el sistema de sanciones distinguía entre pena de muerte [2], presidio, prisión, arresto asegurativo, arresto y pena de multa y de esta forma posibilitaba al juez expresar ya en la elección del tipo de pena la 2

[1] Cfr. para más detalles Eb. Schmidt, ³1965, §§ 297/298. Sobre la historia de las codificaciones penales de los Estados particulares alemanes en el siglo XIX cfr. las reimpresiones de textos legales y Materiales en la colección de 70 tomos "Kodifikationsgeschichte Strafrecht" (edit. por W. Schubert, J. Regge, W. Schmid, R. Schröder), Keip-Verlag, 1988 ss.

[2] El mantenimiento de la pena de muerte, cuya abolición ya había sido decidida por la Cámara Alta alemana, es atribuible a la intervención personal de Bismarck. Los gobiernos aliados habían hecho depender la elaboración de un Código penal unitario para la Confederación del norte de Alemania, que poco después entró en vigor como "Código penal para el Reich alemán", de la inclusión, entre otras cosas, de la pena de muerte.

"justa" retribución para cada delito de acuerdo con su gravedad. Por el contrario, los puntos de vista de la prevención especial apenas se tomaban en consideración. El Código penal no contenía medidas de seguridad, no conocía la suspensión de la pena y por lo demás apenas ofrecía posibilidades para una acción resocializadora sobre los delincuentes, sobre todo porque por aquel entonces, y aún hasta 1977 (!), faltaba una Ley penitenciaria.

II. La evolución hasta la 1.ª Guerra mundial

3 El StGB de 1871 estaba, pues, jurídicamente y en cuanto a la técnica de los tipos a la altura del tiempo; todos los cambios posteriores se basan, pues, en los fundamentos sentados por el mismo. Pero desde el punto de vista políticocriminal la obra legislativa quedó anticuada y atrasada, a más tardar desde el Programa de Marburgo de Franz v. Liszt (cfr. § 3, nm. 12), es decir, ya a los pocos años de la instauración del Reich. Faltaba toda consideración a investigaciones empíricas y la "moderna" escuela de Franz v. Liszt, de orientación sociológico-preventivoespecial, tenía cada vez más influencia, sobre todo por la labor de la "Unión Internacional de Derecho Penal" (sobre ello *supra* § 3, nm. 12). La imposición de la escuela "moderna" se impidió sin duda por el hecho de que a ella se oponía la escuela "clásica", jurídicopositiva, aferrada a la teoría de la retribución, bajo la dirección de Karl Binding y Karl v. Birkmeyer [3]; pero el convencimiento de que el viejo StGB necesitaba una revisión no podía ser desoído ya en el cambio de siglo por la opinión pública y por la ciencia. La disputa entre la escuela moderna y la clásica, decisiva para el desarrollo posterior de la reforma, pasa a formar parte de la historia de la ciencia jurídicopenal como "lucha de escuelas"; aunque esta lucha se debilitó tras el cambio de siglo y sobre todo después de la 1.ª Guerra mundial, sin embargo nunca ha dejado de existir totalmente, dejándose entrever incluso todavía en el último estadio de la reforma habida hasta la fecha, en las posiciones antagónicas del P 1962 y del PA (sobre ello nm. 17-23).

4 Treinta años después de la entrada en vigor del StGB quedó claro que su necesaria reforma sólo podía ser factible mediante un compromiso entre "clásicos" y "modernos". Para la preparación de esta reforma [4] se elaboró en los

---

[3] Binding (1841-1920) es uno de los dogmáticos más importantes de la nueva ciencia jurídicopenal alemana. Obras más importantes: "Die Normen und ihre Übertretung", 4 tomos (1872-1920); Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 2 tomos ([2]1902-1905). Como introducción a la obra de Binding: Arm. Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954. Karl v. Birkmeyer (1847-1920) fue entre otros el autor de un conocido escrito polémico: "Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig?" ("¿Qué deja en pie v. Liszt del Derecho penal"?) (1897).

[4] Acerca de la reforma del Derecho penal hasta 1933 son de útil lectura como exposiciones sintéticas, pero sin embargo relativamente detalladas: v. Hippel, StrafR I, 1925, 356 ss.; v. Liszt/Schmidt, StrafR, [26]1932, 80 ss.; Eb. Schmidt, [3]1965, §§ 327 ss.; Horstkotte, 1977, 325 ss.

años 1902-1909, por orden de Nieberding (Secretario de Estado en el Ministerio de Justicia del Reich) y con la colaboración de casi todos los penalistas alemanes, una "Exposición comparada del Derecho penal alemán y extranjero" ("Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts") en 16 tomos, una obra significativa de la ciencia jurídicopenal alemana, que durante mucho tiempo siguió siendo la obra fundamental del Derecho penal comparado alemán. Y así apareció en 1909 un primer "Anteproyecto para un Código penal alemán" [5] que intentó reconciliar la escuela clásica y la moderna y que, si bien se aferraba a la teoría de la retribución, hacía importantes concesiones a la escuela moderna (introducción de la condena condicional, admisibilidad de la custodia para delincuentes enfermos mentales, internamiento en un centro de deshabituación, creación de una "pena de seguridad" más elevada para delincuentes reincidentes profesionales y habituales, así como un Derecho penal de menores orientado a la idea de educación e incremento del límite de la mayoría de edad penal de 12 a 14 años).

El Anteproyecto fue una obra considerable, encontró una aceptación ma- 5
yoritariamente buena y ejerció gran influencia en el desarrollo posterior. Para fomentar la discusión ulterior, los profesores Kahl, v. Liszt, v. Lilienthal y Goldschmidt publicaron en el año 1911 un "Contraproyecto" [6], que ya por las personas de sus autores revelaba el deseo de acabar con la lucha entre escuelas; Kahl era representante de la escuela clásica, Liszt y Lilienthal pertenecían a la dirección moderna y Goldschmidt había adoptado una posición mediadora. Históricamente el Anteproyecto es significativo sobre todo porque introdujo en la reforma el sistema de la doble vía, de clara distinción y coexistencia de pena y medida de seguridad (cfr. § 1, nm. 4), por primera vez desarrollado por Stooss (cfr. § 1, n. 1): a los delincuentes reincidentes profesionales y habituales ya no se les debía aplicar, como todavía se proponía en el Anteproyecto, una "pena de seguridad", sino que, tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad, debían ser sometidos a una medida de seguridad, el internamiento en un establecimiento de custodia. Con ello, Liszt sacrificó su idea original de una pena de seguridad de duración indeterminada en favor de una medida de seguridad independiente. El sistema de la doble vía, que se ha reafirmado hasta el Derecho vigente (cfr. § 1, nm. 1-4; § 3, nm. 54-62), debe, pues, su poder de penetración en la reforma y su posterior introducción (cfr. nm. 11) originariamente a un compromiso de la lucha de escuelas; en honor a los clásicos se conservó la pena en su tradicional carácter retributivo limitado al Estado de Derecho, mientras que las medidas de seguridad, desli-

[5] Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, con 2 tomos de fundamentación, Berlín 1909 (reimpr. 1990, Keip-Verlag); sobre él Aschrott/v. Liszt, 1910.

[6] Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs, mit Begründung (Contraproyecto al Anteproyecto de un Código penal alemán, con fundamentación), Berlín 1911.

gadas de la proporcionalidad con la culpabilidad, hacían posible a la escuela moderna la realización de sus exigencias de reforma más importantes.

6 En el año 1913 nació, sobre la base del Anteproyecto y teniendo en cuenta el Contraproyecto, otro "Proyecto de la Comisión" [7], redactado por prácticos y tres catedráticos (Kahl, Frank, v. Hippel), que adoptó el sistema de la doble vía, pero que de momento se quedó sin publicar y por tal motivo sólo llegó a desplegar eficacia después de la 1.ª Guerra mundial en su adaptación a través del Proyecto 1919. Entretanto, el comienzo de la guerra impidió que se continuara y se convirtiese en un proyecto oficial del Gobierno.

III. Los trabajos de reforma en la República de Weimar

7 Tan sólo después de la guerra se publicó (junto con el P 1913 y un memorándum fundamentador) un "Proyecto 1919" [8], que adaptaba el Proyecto de la Comisión de 1913 a las circunstancias del Estado y que además lo variaba también en algunos puntos. Pero también estaba trazado según la doble vía e incluso preveía ya posibilidades del sistema vicarial (cfr. § 3, nm. 61). Pero este Proyecto, que en conjunto se debía aún a la época de preguerra, tampoco llegó a convertirse en proyecto gubernamental; por tanto, su publicación sirvió únicamente para la discusión posterior de la reforma planeada una y otra vez [9].

8 Los esfuerzos alemanes despertaron tanto interés en Austria, que la Administración de Justicia austríaca, a raíz del P de 1919, decidió desde ese momento seguir su propia reforma paralelamente con la alemana. Fruto de deliberaciones conjuntas [10] fue ya el Proyecto del entonces Ministro socialdemócrata de Justicia alemán, Radbruch, presentado al Gobierno del Reich en el año 1922 (pero desgraciadamente no publicado) [11]. Gustav Radbruch (1878-1949), discípulo de Franz v. Liszt (§ 3, nm. 12), fue uno de los penalistas, especialistas en política criminal y filósofos del Derecho más significativos de

[7] Entwurf der Strafrechtskommission (1913), en: Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Primera parte, Berlín 1920. Sobre el origen del Proyecto cfr. Schubert (ed.), Protokolle der Kommission für die Reform des Strafgesetzbuches (1911-1913), 4 tomos, Keip-Verlag 1990, así como Schubert (ed.), Entwürfe der Strafrechtskommission zu einem Deutschen Strafgesetzbuch und zu einem Einführungsgesetz (1911-1914), Keip-Verlag 1990.

[8] Entwurf von 1919, en: Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Segunda parte, Berlín 1920.

[9] Evidentemente la ciencia jurídicopenal alemana seguía participando activamente en la discusión global, en la que se produjo un amplio espectro de opiniones. Para más detalles sobre ello Seidl, 1974. Sobre la historia de la reforma del Derecho penal en la República de Weimar cfr. el libro con el mismo nombre de Jelowik, 1983.

[10] Cfr. sobre ello Radbruch, 1961, 115.

[11] El "Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs" de Radbruch no se publicó hasta 1952, con un prólogo de Th. Dehler y una introducción de Eb. Schmidt. La palabra "general" ("allgemein") pretendía expresar (como tb. más tarde en el Proyecto de 1925) la participación austríaca.

la primera mitad del siglo [12]. En el Proyecto presentado por él y que personalmente inició, el cual ha tenido una amplia repercusión en el futuro [13], se suprimieron por primera vez, en una proposición de ley muy elaborada, la pena de muerte, la de presidio, las penas infamantes y la punibilidad de las acciones homosexuales entre adultos; el ámbito de aplicación de la pena de multa se amplió más que en los Proyectos anteriores. Todas ellas son peticiones que no se realizaron hasta después de la 2.ª Guerra mundial.

Las deliberaciones del gabinete sobre el Proyecto Radbruch se retrasaron. 9
Fue tan sólo en el año 1924 cuando se envió por el Gobierno del Reich (por primera vez en la historia de la reforma) un "Proyecto oficial de un Código Penal general alemán" al Consejo del Reich, proyecto que se publicó en 1925 [14]. El "Proyecto 1925" se basó en el Proyecto de Radbruch y en la colaboración germano-austríaca, que aún continuaba; en el derecho de las medidas de seguridad conservó el carácter abierto de sus antecesores frente a las pretensiones de la escuela moderna, pero en gran medida había vuelto a abandonar las posiciones más progresistas del Proyecto Radbruch; volvía a la pena de muerte y a la de presidio, así como a la punibilidad de la homosexualidad; y en su fundamentación volvía a exhortar a la moderación también en la aplicación de la pena de multa.

En los debates del Consejo del Reich se cambió tan considerablemente el 10
Proyecto 1925, que de él nació un nuevo "Proyecto 1927" [15], que se apartaba más todavía de las ideas de reforma del Proyecto Radbruch y que también en relación con el Proyecto 1925 mantenía una posición más conservadora; así, se redujeron considerablemente las posibilidades de remisión condicional de la pena y la imposición de diversas medidas de seguridad (tras el veredicto judicial sobre su admisibilidad) debía incluso dejarse ¡a cargo de las autoridades administrativas! Después de la disolución del Reichstag producida en marzo de 1928, el Proyecto se salvó para la siguiente legislatura por una ley conseguida por Kahl [16], el incansable luchador en favor de la reforma del

[12] Obra principal: Rechtsphilosophie, [8]1973 (edit. por E. Wolf y H.-P. Schneider). Autobiografía: Der innere Weg, [2]1961. Una edición de las obras completas de Gustav Radbruch, en 20 tomos, edit. por Arth. Kaufmann, se publica desde 1987. Una relación de las obras principales de Radbruch, así como de la literatura más importante sobre él, se encuentra en Arth. Kaufmann, Gustav Radbruch - Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat, 1987, 212 ss.

[13] También ha tenido una considerable influencia en el Proyecto Alternativo germano-occidental de 1966 y en la reforma posterior: cfr. nm. 23.

[14] Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung (Reichsratsvorlage), Berlín 1925; reimpresión como MatStrRef. III, Bonn 1954.

[15] Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs mit Begründung und 2 Anlagen (Reichstagsvorlage), 1927 - Drucksachen des Reichstags III/3390; reimpresión como MatStrRef. IV, Bonn 1954.

[16] Wilhelm Kahl (1849-1932), que ya había colaborado como catedrático en el Contraproyecto de 1911 (nm. 5), era en 1919/1920 miembro de la Asamblea Nacional de Weimar y en 1920-1932, como Diputado del Partido popular alemán, miembro del Reichstag.

Derecho penal, pero ya no se votó antes de la disolución del Reichstag de julio de 1930. A instancias de Kahl, que presidía la Comisón jurídica del Reichstag, se introdujo en la siguiente legislatura otro "Proyecto 1930" [17], que nuevamente era algo más progresista que el Proyecto 1927, pero que fracasó en la fase de disolución de la República de Weimar a causa de la resistencia de los partidos radicales, sobre todo de los nacionalsocialistas. Así, los esfuerzos de décadas por conseguir una reforma global de nuestro Derecho penal habían fracasado finalmente.

11 No obstante, la República de Weimar consiguió llevar a cabo reformas parciales mediante varias leyes singulares, que han tenido un significado relevante para el desarrollo del Derecho penal. Las leyes sobre penas de multa de 21-12-1921 y 27-4-1923 preveían, en caso de penas privativas de libertad inferiores a tres meses, su transformación en pena de multa, "cuando se pueda lograr el fin de la pena mediante una pena de multa" (§ 27 b v. a.); asimismo se exigía la consideración de la situación económica del autor (§ 27 c v. a.) y se contempló la posibilidad de anulación de una pena de multa incobrable mediante trabajo libre (§ 28 b v. a.). Un paso aún más significativo en la reforma fue la Ley de Tribunales de Jóvenes, de 16-2-1923, por la que el Derecho penal de menores se extrajo del StGB, el límite de la mayoría de edad penal se elevó de 12 a 14 años, se introdujo para los menores la suspensión de la pena a prueba, se completó la pena con medidas educativas y se la sometió a su vez al fin educador. En lo esencial, aún fue asimismo una consecuencia de los esfuerzos de reforma de la República de Weimar la Ley contra los delincuentes habituales peligrosos y sobre medidas de seguridad y corrección, de 24-11-1933, no aprobada hasta comienzos de la época nazi, que por fin dio rango legal a la doble vía, que desde hacía mucho tiempo pertenecía al inventario fijo de todas las reformas y que, con los centros de curación y asistencia, el internamiento en un establecimiento de seguridad y la interdicción del ejercicio profesional, introdujo medidas que, con modificaciones, también pueden encontrarse en el StGB vigente.

IV. La época nacionalsocialista

12 En la época nacionalsocialista se continuaron inmediatamente los trabajos de reforma, pero ya no en el mismo sentido que hasta entonces de un compromiso entre las exigencias de las escuelas clásica y moderna; el grupo territorial alemán de la IKV/UIDP (cfr. § 3, nm. 12) ya no se constituyó en el "Tercer Reich" [18]. En aquel momento se aspiraba más bien a una renovación

[17] Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs (Entwurf Kahl), 1930 - Drucksachen des Reichtags V/395; reimpresión como MatStrRef. V, Bonn 1954.

[18] Cfr. sobre las discusiones que condujeron al fin de la UIDP (IKV) en Alemania, Eb. Schmidt, [3]1965, § 345.

del Derecho penal en el espíritu del Estado autoritario [19]. Bajo la dirección del Ministro de Justicia Gürtner se formó una Comisión oficial de Derecho penal. A ella pertenecieron también importantes catedráticos de Derecho penal como Kohlrausch, Mezger y Nagler; sobre todo a su influencia moderadora, marcada por los esfuerzos de la época de Weimar, se debe que el "Proyecto de Código Penal alemán" de 1936 [20], presentado al Gobierno del Reich y no publicado, no obtuviera la aprobación de los entonces gobernantes. Bien es cierto que en 1939 se preparó una versión final, lista para firmar, pero no llegó a firmarse. Y con el comienzo de la 2.ª Guerra mundial se suspendieron también los ulteriores trabajos en la reforma.

De las innovaciones jurídicopenales de la época nacionalsocialista introdu- **13**
cidas por vía de legislación de novelas, sólo algunas —que se consideraron políticamente neutrales, aunque no siempre con razón— han podido mantenerse en el desarrollo posterior del Derecho penal: así el precepto (sin duda no exento de reparos) sobre las lesiones con consentimiento del lesionado (§ 226 a; Ley de 26-5-1933; para más detalles § 13, nm. 27, 36 ss.); los tipos de la embriaguez (§ 323 a, originariamente § 330 a, Ley de 24-11-1933) y de la fuga del lugar del accidente (§ 142, originariamente § 139 a; Decreto de 2-4-1940), los cuales han sido, en efecto, considerablemente transformados en el curso de la reforma de la postguerra; la reestructuración total de la delimitación entre asesinato y homicidio (§§ 211, 212; Ley de 4-9-1941), que ciertamente no está muy lograda y necesita reformarse urgentemente; además, la inclusión de la accesoriedad limitada, decisiva hasta hoy para el desarrollo de la teoría de la participación (para más detalles, t. II), por el Decreto de unificación del Derecho penal de 29-5-1943, y la sustitución (por el Reglamento de ejecución de dicho Decreto) de la atenuación obligatoria de la pena en caso de complicidad por la facultativa, aún vigente. También la Ley penal juvenil del Reich de 1943, que introdujo la división aún existente de las consecuencias jurídicas en medidas educativas, medios correctivos y cárcel correccional (hoy pena de prisión de menores), realizó en parte viejas pretensiones del movimiento de los tribunales de menores de la época de Weimar, pero, por otra parte, trajo también graves retrocesos (p.ej. la posibilidad de que en determinadas circunstancias se castigara de nuevo a partir de los 12 años y de que, dado el caso, se sometiera a los jóvenes al Derecho penal de los adultos) [21].

La mayoría de los cambios del Derecho penal que tuvieron lugar en la época **14**
nacionalsocialista sirvieron sobre todo a la destrucción planificada del Estado de Derecho y a su transformación en una dictadura totalitaria que se pretendía

---

[19] Sobre la evolución de la ciencia jurídicopenal alemana en los años anteriores y posteriores a 1933, detalladamente Marxen, 1975; Frommel, Gagnér-FS, 1991, 47.
[20] Sobre el contenido: Gürtner, 1935 y 1936.
[21] Para más detalles Schaffstein/Beulke, JugendstrfR, [11]1993, § 5 II.

asegurar jurídicamente [22]. Su descripción en detalle no es precisa en un simple esbozo de la reforma del Derecho penal que sólo pretende destacar los impulsos que han tenido repercusión ulterior. Como ejemplo característico basta mencionar la anulación del principio fundamental en el Estado de Derecho *"nullum crimen, nulla poena sine lege"* (ningún delito, ninguna pena sin ley, cfr. sobre ello el § 5 de este libro) por la Ley de 28-6-1935. Conforme a ello ya no se podía castigar un hecho solamente cuando había sido declarado punible previamente por la ley (como de nuevo sucede hoy: art. 103 II GG, § 21 StGB), sino también cuando el hecho "merece pena según la idea fundamental de una ley penal y según el sano sentimiento popular". Con ello se abrían las puertas de par en par a la manipulación ideológica del Derecho penal.

V. El reemprendimiento de los trabajos de reforma

15 Concluida la segunda Guerra mundial se tuvo que empezar completamente de nuevo con el restablecimiento y reforma de un Derecho penal ajustado al Estado social y de Derecho [23]. Para ello se retomaron en principio las referencias de la época de Weimar. Específicos preceptos nacionalsocialistas fueron derogados; muchos de ellos ya por las fuerzas de ocupación. La Ley Fundamental *(Grundgesetz)* de 23-5-1949 marca un hito en la historia del Derecho penal alemán con la abolición de la pena de muerte y confiere además al principio de legalidad en Derecho penal un rango especial mediante su incorporación en el art. 103 II GG (cfr. al respecto ya nm. 14 y detalladamente en el § 5). En el plano de la legalidad ordinaria, las principales reformas de la primera década posterior a la guerra son: la Ley de Contravenciones de 25-3-1952 (OWiG), la Ley penal juvenil de 4-8-1953 (JGG), que por primera vez incluyó en el Derecho penal de menores a los "jóvenes" (de 18-21 años) bajo determinadas condiciones (§ 105 JGG), y la inclusión de la suspensión condicional de la pena, demandada desde hacía mucho tiempo, por la 3.ª StrÄG de 4-8-1953.

16 La reforma global del Derecho penal se emprendió de nuevo en el año 1953. El entonces Ministro de Justicia Thomas Dehler (FDP) recabó de varios catedráticos la elaboración un informe sobre las cuestiones fundamentales de la reforma penal [24] y, en el Instituto de Friburgo de Derecho penal extranjero e internacional (denominado posteriormente Max-Planck-Institut), encargó trabajos de Derecho comparado sobre los temas más importantes de la Parte

---

[22] Cfr. para más detalles Schorn, 1963; Eb. Schmidt, [3]1965, §§ 350 ss. Una visión panorámica sobre la decadencia del Derecho penal durante la época nacionalsocialista ofrece Rüping, [2]1991, § 10.

[23] Sobre la evolución desde 1945 cfr. Rüping, [2]1991, §§ 11, 12.

[24] MatStrRef. I, 1954.

general y especial [25]. En la primavera de 1954, el Ministro de Justicia Fritz Neumayer convocó a la denominada Gran Comisión de Derecho Penal, cuya tarea era la de preparar, con el apoyo de la sección penal del Ministerio Federal de Justicia, el Proyecto de un Código Penal totalmente nuevo. La comisión estaba formada por 24 miembros: catedráticos [26], jueces, fiscales, abogados, funcionarios ministeriales y diputados de todos los grupos parlamentarios, y se reunió durante los años 1954-1959. De sus deliberaciones, que se han publicado en 14 tomos [27] y que todavía hoy ofrecen una importante mina de argumentos para la discusión de abundantes problemas jurídicopenales, han surgido los Proyectos de 1958 (Parte general, con fundamentación), 1959 I (Proyecto total provisional), 1959 II (adaptación de los resultados de la segunda lectura), 1960 (primer Proyecto global llevado a cabo en el Ministerio Federal de Justicia) y, finalmente, también el Proyecto 1962 [28], el cual reunió en un Proyecto global ampliamente argumentado tanto los resultados de los Proyectos anteriores como las conclusiones de trabajo de una "Comisión de los Estados federados para la gran reforma del Derecho penal", así como otras iniciativas de Ministerios y círculos especializados.

VI. El P 1962 y el PA

En contra de las expectativas que sus autores albergaban justificadamente 17
en su origen, el Proyecto de 1962 (P 1962) no llegó a convertirse en Ley; pero de todos modos ha influido de forma eficaz en el Código penal ahora vigente, de modo que marca una etapa importante en la historia de la reforma del Derecho penal. El Proyecto constituye una contribución significativa en sus fundamentos jurídicodogmáticos. Las soluciones que la ciencia y la jurisprudencia habían elaborado desde 1871 las plasmó en una forma legal precisa y en su mayor parte acertada, la cual se ha impuesto en muchos casos en la nueva Parte general y ha probado su eficacia hasta hoy.

Menos afortunado fue el Proyecto en el campo políticocriminal y en la 18
estructuración del sistema de sanciones. En la línea de la vieja tradición de la reforma se declaró partidario de la doble vía y, en la pena, de la teoría de la unión, pero colocó claramente en primer plano su función como "compensación justa de la culpabilidad humana" [29]; con ello se estancó en las viejas

[25] MatStrRef. II, vol. 1.º: Parte general, 1954; vol. 2.º: Parte especial, 1955. Los tomos III-V de los Materiales, 1954, contienen una reproducción de los Proyectos de 1925, 1927 y 1930.

[26] Los catedráticos que colaboraron fueron: Bockelmann, Gallas, Jescheck, Lange, Mezger, Eb. Schmidt, Sieverts y Welzel.

[27] NiedStrKomm., t. 1, 1956; t. 2-6, 1958; t. 7-12, 1959; t. 13 y 14, 1960.

[28] Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 - Bundestagsvorlage - Bonn 1962; BT-Drucks. IV/650. El Proyecto contiene una fundamentación detallada y tiene 711 páginas. Sin fundamentación también como BT-Drucks. V/32.

[29] Como en n. 28, p. 96.

posiciones, que hoy deben considerarse superadas (sobre la crítica, cfr. § 3, nm. 32). La proximidad a la teoría de la retribución se puso también de manifiesto en que conservaba la pena de presidio, aunque los autores del Proyecto partían de que "una condena a presidio dificulta la resocialización del autor"; para su fundamentación se aludía expresamente a la "prioridad de la idea de expiación y de prevención general frente a la idea de resocialización y de prevención especial" [30]. El precepto regulador de la determinación de la pena hablaba únicamente de la "culpabilidad" como "fundamento o base de la medición de la pena" (§ 60 I) [31].

19 El concepto material de delito del P 1962 se opuso a la restricción de la punibilidad a la protección de los bienes jurídicos (cfr. ya § 2, nm. 3) y, sobre una fundamentación iusnaturalista cristiana, intentó convertir las exigencias de la ley moral en modelo de la legislación penal. Esto conducía al mantenimiento de la punibilidad del adulterio (¡con una grave sanción penal!), de la homosexualidad entre varones adultos, de la sodomía (relaciones sexuales con animales), del proxenetismo y de otros ataques contra la moralidad; y se preveía la introducción de nuevos preceptos como la tipificación penal de las "inseminaciones artificiales" (§ 203) [32] o de las "exhibiciones obscenas" (§ 220).

20 El P 1962, con sus posiciones fundamentales, topó tanto en amplios sectores públicos como en las exposiciones científicas con una viva crítica, que se incrementó en la segunda mitad de los años sesenta. Esta encontró su expresión más efectiva en el proyecto publicado en 1966 por 14 catedráticos de Derecho penal, que en aquel momento eran predominantemente jóvenes [33], con el nombre de "Proyecto Alternativo de Código penal" [34]. El PA defendía una estricta posición contraria al P 1962 en la teoría de la pena, en la regulación de las sanciones y en el ámbito del concepto material de delito, y por eso ha influido mucho y en parte de forma decisiva en la discusión posterior. Mantenía como fines de la pena solamente la prevención especial y la prevención general, renunciaba totalmente a la idea de retribución y utilizaba el principio de culpabilidad sólo como límite superior de la pena (§§ 2 y 59 PA). Esta es una concepción como la que, de una forma elaborada, también sirve

---

[30] Como en n. 28, p. 164.

[31] Sobre otras particularidades del sistema de sanciones del P 1962 cfr. la descripción de la reforma posterior en nm. 27-42.

[32] Recientemente se ha vuelto a considerar la posible prohibición jurídicopenal de la inseminación heteróloga; cfr. el "Kabinettsbericht zur künstlichen Befruchtung beim Menschen", BT-Drucks. 11/1856.

[33] Los autores fueron Baumann, Brauneck, Hanack, Arth. Kaufmann, Klug, Lampe, Lenckner, Maihofer, Noll, Roxin, Schmitt, Schultz, Stratenwerth y Stree; Noll y Schultz son suizos; el PA fue por tanto un trabajo conjunto germano-suizo. En posteriores Proyectos Alternativos del grupo de trabajo participaron además otros catedráticos.

[34] Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, [1]1966; [2]1969. Se abrevia generalmente como AE [adaptado a la traducción: PA; N. del T.].

de base a este libro y que en páginas anteriores (§ 3) ha sido ampliamente fundamentada [35].

21 El sistema de sanciones del PA está ampliamente orientado hacia la prevención especial [36]: se renuncia a la pena de presidio y a todas las demás diferenciaciones entre distintas formas de penas privativas de libertad (sobre ello nm. 28 s.); la pena corta privativa de libertad inferior a seis meses, enemiga de la resocialización, se suprime totalmente (para más detalles sobre ello nm. 30 ss.); como medida de seguridad central para sujetos reincidentes crónicos se propone el centro de terapia social (para más detalles nm. 41 s.); y un "Proyecto Alternativo de Ley penitenciaria" (1973), publicado independientemente, también ha presentado un modelo detallado de una ejecución socializadora.

22 En la formación del concepto material de delito el PA se esforzó en restringir la punibilidad a la protección de bienes jurídicos, eliminando todas las tendencias moralizadoras. Esto condujo a una considerable desincriminación en el ámbito de los delitos sexuales. Los autores del PA presentaron sobre ello un proyecto especial (cfr. § 2, n. 9 y texto correspondiente), que ha influido de forma esencial en la posterior reforma en este ámbito (sobre ello nm. 26).

23 Si se quisiera utilizar la terminología de la vieja lucha de escuelas, podría entonces decirse que el P 1962 defendió más la dirección clásica y el PA más la moderna [37]. Sobre el PA se atestigua reiteradamente que, aparte de por el movimiento de reforma internacional contemporáneo, también ha recibido un impulso esencial por la política criminal de Radbruch [38] y Liszt [39] (cfr. ya § 3, nm. 12); a ello responde que Eb. Schmidt, el último discípulo vivo de Liszt, se hiciera finalmente partidario de la concepción políticocriminal del PA [40], aunque él mismo, como miembro de la Gran Comisión de Derecho penal, había tomado parte en la creación del P 1962. La diferencia de ambos proyectos también podría expresarse en términos políticos diciendo que el P 1962 tenía una orientación más bien conservadora, mientras que el PA respondía, por el contrario, a una orientación predominantemente liberal y social. Sin

---

[35] Sobre la valoración de la concepción global políticocriminal del PA desde una perspectiva retrospectiva cfr. también Roxin, JA 1980, 545.

[36] Sobre otras particularidades cfr. además *infra* nm. 27-42.

[37] Interpretaciones representativas de los fundamentos intelectuales del P 1962 ofrecen como miembros de la Gran Comisión de Derecho penal por ejemplo: Lange, SchwZStr 70 (1955), 373; idem, Juristentags-FS, t. 1, 1960, 345; idem, ZStW 81 (1969), 556; Jescheck, 1957; idem, ZStW 75 (1963), 1. Los autores del PA hicieron publicidad de sus propuestas sobre todo en dos tomos de una obra colectiva editada por Baumann: Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968; Mißlingt die Strafrechtsreform?, 1969. Además, la fundamentación del PA contiene constantemente una discusión de las posiciones del P 1962. Sobre el proceso político de decisión en las reformas del Derecho penal cfr. Holtz, 1989.

[38] Sobre ello: tanto Arth. Kaufmann como Baumann, ambos en Radbruch-GS, 1968, 324 y 337.

[39] Sobre ello: Roxin, ZStW 81 (1969), 613.

[40] Eb. Schmidt, NJW 1967, 1929.

duda, tales términos sólo marcan la diferencia de una forma imprecisa y ante todo no dejan claro que frente a los rasgos que los separan, ambos Proyectos tienen también puntos importantes que los unen. Esto rige sobre todo para el mantenimiento de la doble vía y del principio de culpabilidad, pero, por lo demás, también se muestra en los esfuerzos conjuntos por trazar a la pena límites ajustados al Estado de Derecho; tampoco puede olvidarse que el propio P 1962 se entendió ya como un compromiso entre las distintas direcciones y había concedido algún espacio a los efectos preventivoespeciales, sobre todo en el ámbito de las medidas de seguridad. Sólo a partir de ese fondo conjunto se hace comprensible que ambos Proyectos pudieran fundirse en la siguiente fase de la reforma en la nueva Parte general actualmente vigente y que en la subsiguiente discusión científica [41] tampoco se llegara, a pesar del fuerte compromiso por una u otra postura, a fraccionamientos rígidos ni a una nueva edición de "lucha de escuelas", sino más bien a un acercamiento de los frentes.

VII. La legislación de la reforma desde 1969 hasta hoy

24 La reforma del Derecho penal entró en su fase decisiva con el comienzo de la Gran Coalición, es decir desde finales de 1966. Los partidos en que se basó el Gobierno, CDU y SPD, disponían de una amplia mayoría parlamentaria y simultáneamente se veían necesariamente impulsados al compromiso y consenso en las cuestiones básicas de política criminal. Se daban por tanto todos los presupuestos necesarios para, como mínimo, concluir parcialmente con éxito la obra reformadora iniciada ya poco antes de comienzos de siglo [42]. Una participación decisiva en la misma tuvo durante los años 1966-1969 la "Comisión Especial del Parlamento Federal para la reforma del Derecho penal" [43], que trabajó con el apoyo del Ministerio Federal de Justicia y de la que formaron parte diputados de todos los partidos [44]. Finalmente la misma logró crear, aunque no un nuevo StGB, sí una nueva Parte general completa y algunas reformas parciales de la Parte especial, proseguidas por el Parlamento en las siguientes legislaturas, aunque en conjunto con carácter sólo fragmentario. En

[41] La discusión científica sobre el PA marcó las Jornadas de Profesores de Derecho penal de 1967; las ponencias de Gallas, Arm. Kaufmann, Jescheck y Grünwald, así como la discusión, se encuentran reproducidas en ZStW 80 (1968), 1-135. Sobre la crítica al P 1962 desde el prisma del PA cfr. también el influyente artículo de Schultz, JZ 1966, 113; además Baumann, Streitschriften (1965 y 1969), Beschränkung (1968).

[42] Cfr. sobre las cuestiones de la influencia de la ciencia sobre la legislación los amplios y fundamentales trabajos de Amelung y Schöch, ambos en ZStW 92 (1980), 19 y 143, pero tb. los restantes artículos publicados en ese fascículo sobre el tema ciencia del Derecho penal y legislación.

[43] Sobre sus trabajos, Müller-Emmert/Friedrich, JZ 1969, 245.

[44] Las deliberaciones de la Comisión están publicadas en su totalidad en las correspondientes actas: V. Wahlperiode, 1.-130. Sitzung; VI. Wahlperiode, 1.-76. Sitzung; VII. Wahlperiode, 1.-91. Sitzung.

las discusiones parlamentarias, el SPD y la CDU/CSU, en cumplimiento de su acuerdo de coalición, mantuvieron formalmente el P 1962 como base de las deliberaciones, mientras que la oposición del FDP presentó al Parlamento el PA como "su" proyecto de ley, introduciéndolo con ello en el proceso legislativo. Sin embargo, la posición de la Comisión Especial no estaba fijada de antemano ni siquiera en las cuestiones básicas, por lo que coexistieron con el mismo rango las propuestas de solución del P 1962 y del PA. Y las deliberaciones se produjeron de tal manera que en la partes jurídicodogmáticas se impuso predominantemente el P 1962, al que en ese terreno ya le había seguido el AP en muchos aspectos, mientras que la concepción políticocriminal básica, el sistema de sanciones y el concepto material de delito, pese a múltiples compromisos, obedecen más al influjo del PA (cfr. para más detalles nm. 27 ss.) [45].

Fruto del trabajo de la Comisión Especial son la 1.ª Ley de reforma del 25
Derecho penal (1.ª StrRG) de 25-6-1969 y la 2.ª StrRG de 4-7-1969. La 2.ª StrRG contiene una Parte general totalmente nueva (incluyendo la numeración de los parágrafos), que entró en vigor el 1-1-1975. La 1.ª StrRG anticipó ya las novedades más importantes de la 2.ª StrRG, así como algunas correcciones de la Parte especial [46], entrando en vigor, respectivamente, el 1-9-1969 y el 1-4-1970. Por consiguiente, desde 1975 rige en la República Federal un StGB compuesto de una nueva Parte general aprobada por la 2.ª StrRG y de una Parte especial que en sus fundamentos se sigue remontando al año 1871.

El plan original, que preveía que para 1975 se hubiera reformado también 26
totalmente la Parte especial, con lo que en esa fecha hubiera podido entrar en vigor un nuevo Código completo, tuvo que ser nuevamente abandonado, porque al legislador le faltaron fuerzas para acometer una obra tan grande. En su lugar se ha acordado que la Parte especial vaya siendo paulatinamente reformada por una serie de leyes concretas. Como reformas más importantes, que enlazan con las dos leyes de reforma de 1969, cabe citar las siguientes [47]:

1) La 3.ª StrRG, de 20-5-1970, que ha dado una nueva configuración, en un sentido liberal y restrictivo de la punibilidad, a los delitos de manifestaciones ilegales y contra la paz del país. No obstante, la viva discusión que se produjo en la opinión pública sobre las manifestaciones que transcurren violentamente movió posteriormente al legislador a volver a ampliar paulatinamente dichos tipos penales; cfr. la Leyes de 18-7-1985 (modificación del § 125) y de 9-6-1989 (modificación del § 27 VersG), que castigan el porte de objetos de protección y el enmascaramiento.

---

[45] En este sentido tb. Jescheck, AT[4], § 11 IV 2 b; Horstkotte, 1977, 327; Eser, Maihofer-FS, 1988, 119; discr. Maurach, AT, [4]1971, § 6 II F.

[46] P.ej. se desincriminó el adulterio y la simple homosexualidad, y se configuró el hurto agravado (§ 243) en su forma actual de precepto de determinación de la pena ilustrada mediante ejemplos-regla.

[47] Un listado, actualizado casi anualmente, de todas las modificaciones del StGB, se puede encontrar en las páginas iniciales, con paginación en números romanos, de los respectivos Comentarios al StGB de Dreher/Tröndle y Lackner.

2) La 4.ª StrRG, de 23-11-1973, que, prosiguiendo el camino emprendido en la 1.ª StrRG y adhiriéndose a las propuestas del PA, ha limitado ampliamente los delitos sexuales a los supuestos de lesión de bienes jurídicos (cfr. § 2, nm. 3).

3) La 5.ª StrRG, de 18-6-1974, e.r.c. la sentencia del BVerfG de 25-2-1975 (BVerfGE 39, 1 ss.), y la 15.ª StrÄG, de 18-5-1976, que han dado una nueva base a la punición del aborto. Tras haberse decidido la 5.ª StrRG por la denominada solución de los plazos (impunidad del aborto realizado en los tres primeros meses con consentimiento de la embarazada) y haber declarado inconstitucional el BVerfG dicha regulación por vulnerar los arts. 1 y 2 GG, la 15.ª StrÄG creó una "solución de indicaciones" muy amplia, según la cual era lícita la interrupción del embarazo de concurrir las circuntancias (= indicaciones) mencionadas en el § 218 a. La posterior Ley de ayuda a las embarazadas y a la familia, de 4-8-1992, que pretendía crear un Derecho unificado en materia de aborto para toda Alemania, preveía una solución de plazos con deber de asesoramiento, pero fue a su vez anulada como inconstitucional por el BVerfG por considerar que infringía los arts. 1 y 2 GG. De todos modos, dicho Tribunal declara en la sentencia (BVerfGE, 88, 203) que es admisible dejar impune una interrupción del embarazo practicada médicamente y tras el correspondiente asesoramiento por deseo de la mujer, y que lo único que no se puede es considerarla conforme a Derecho (salvo en situaciones de necesidad especiales). Está en fase de preparación una regulación legal que se ajuste a tales condicionamientos.

4) La EGStGB, de 2-3-1974, que no sólo adaptó la Parte especial a la Parte general que entraba en vigor el 1-1-1975, sino que también renovó numerosos preceptos de la Parte especial. En especial, supone la realización de exigencias de reforma muy antiguas la supresión de las faltas del StGB (antiguos §§ 360 ss.); las mismas fueron en parte eliminadas sin sustitutivo alguno, en parte transformadas en contravenciones, pero también en algún caso concreto convertidas en delitos menos graves (así la anterior figura del hurto de comestibles se castiga hoy de forma modificada en los §§ 242 y 248 a).

5) La 1.ª WiKG, de 29-7-1976, introdujo preceptos penales contra la estafa de subvenciones y de crédito (§§ 264, 265 b) y dio nueva regulación al Derecho penal concursal (§§ 283 ss.) y a la usura (§ 302 a).

6) La 16.ª StrÄG, de 16-7-1979, que extendió en el § 78 II al asesinato (§ 211) la imprescriptibilidad, que hasta ese momento sólo regía en el genocidio (§ 220 a).

7) La 18.ª StrÄG, de 28-3-1980, o "Ley de lucha contra la criminalidad ambiental", que sobre todo introdujo en el StGB el nuevo título 28, de "Delitos contra el medio ambiente", con los §§ 324-330 d.

8) La 20.ª StrÄG, de 8-12-1981, que, bajo la impresión de la sentencia BVerfGE 45, 187, creó un § 57 a, que supone la posibilidad de suspender a prueba el resto de pena en las penas de prisión perpetua.

9) La ley de modificación de la Ley Penitenciaria (StVollzÄndG), de 20-12-1984, que derogó definitivamente la medida de seguridad de internamiento en un centro de terapia social, que estaba prevista en el § 65, pero que aún no había entrado en vigor.

10) La 23.ª StrÄG, de 13-4-1986, que especialmente supuso la supresión sin sustitutivo alguno de la regulación de la reincidencia del anterior § 48 y volvió a ampliar con cautela la condena condicional.

11) La Segunda Ley para la lucha contra la criminalidad económica (2.ª WiKG), de 15-5-1986, que sobre todo introdujo nuevos preceptos para proteger el tráfico del cheque (§§ 152 a, 266 b) y en el campo de la criminalidad informática (§§ 202 a, 263 a, 269, 270, 303 a, 303 b), así como los nuevos tipos de la estafa de inversión de capital (§ 264 a) y de la retención y apropiación indebida de salarios (§ 266 a).

12) La Primera Ley de mejora de la posición del ofendido en el proceso penal (Ley de Protección de la Víctima), de 18-12-1986, que ante todo efectuó múltiples modificaciones en la StPO, e introdujo también en el § 46 II 2 la idea de la compensación del daño.

13) La Ley de lucha contra el terrorismo, de 19-12-1986, que supuso sobre todo la reintroducción del § 130 a, que había introducido por primera vez la 14.ª StrÄG de 22-4-1976 y había vuelto a derogar la 19.ª StrÄG de 7-8-1981, así como la agravación del § 129 a, que había sido creado por la Ley de modificación del StGB etc., de 18-8-1976.

14) La "Ley de lucha contra el tráfico ilegal de estupefacientes y otras manifestaciones de la criminalidad organizada", de 15-7-1992 (OrgKG), que ha emprendido la labor de hacer frente a la cada vez más importante criminalidad organizada: en el aspecto jurídico material especialmente introduciendo la pena de privación del patrimonio (§ 43 a) y el tipo del blanqueo de dinero (§ 261).

Fuera del StGB merecen una mención especial como leyes de reforma es- **26a**
pecialmente importantes a efectos de política criminal la nueva Ley de Contravenciones, de 24-5-1968, y la Ley Penitenciaria, de 16-3-1976 [48].

La reunificación de Alemania a partir del 3-10-1990, acordada por el Convenio de unificación de 31-8-1990 (EinigungsvertragsG de 28-9-1990, BGBl. II, 885), no ha implicado ninguna reforma del StGB alemán federal, sino que en lo sustancial lo ha extendido a los nuevos Länder federados germano-orientales [48a]. En consecuencia, respecto de los hechos cometidos tras la adhesión de la RDA [48b] rige ahora para toda Alemania la Parte general del StGB, incluso para los pocos tipos del StGB/DDR que aún continúan en vigor [48c].

También está en vías de una ulterior reforma una cierta europeización del **26b**
Derecho penal. Aunque es cierto que la Unión Europea (UE) no tiene competencia para crear Derecho criminal alemán, sin embargo sus actos de creación de Derecho influyen de muchas maneras en la legislación nacional (p.ej. en el § 264 VI). Así, los Estados miembros pueden ser obligados por Decretos o Directivas a dictar nuevos preceptos; y además, la Comisión Europea ha asumido la competencia de imponer multas de carácter no penal. Una excelente panorámica sobre las posibilidades existentes a ese respecto se ofrece en los trabajos de Sieber, ZStW 103 (1991), 957, y Weigend, ZStW 105 (1993), 774.

Aparte de ello, los ordenamientos penales de los distintos países europeos **26c**
se influyen recíprocamente en el aspecto político y científico, por lo que se está produciendo una paulatina armonización de los Derechos nacionales. En cambio, es objeto de polémica si, yendo más lejos, cabe esperar o tan siquiera pretender un Derecho penal común europeo (amplio o limitado a campos parciales) en un futuro previsible (cfr. v.gr. la posición más bien positiva de Sieber frente al escepticismo de Weigend, que aboga por una confiada "colaboración de los Estados sobre la base del respeto a las tradiciones nacionales").

---

[48] Sobre las importantes modificaciones efectuadas en el Derecho procesal penal a partir de la postguerra, que no permiten reconocer una tendencia uniforme, cfr. Roxin, Strafverfahrensrecht, [23]1993, § 72.

[48a] Cfr., por todos, Günther, ZStW 103 (1991), 851, así como, de la literatura de Comentarios, Lackner[20], antes del § 1, nm. 1; LK[11]-Jescheck, Intr., nm. 94 ss.

[48b] Sobre el enjuiciamiento penal de "hechos antiguos" cfr. § 5, nm. 52a.

[48c] Sobre ello y sobre las disposiciones transitorias y reglas especiales del Convenio de unificación cfr. Lackner[20], § 3, nm. 4 ss.

Bibliografía: Langfeldt, Rechtsangleichung in Europa, NK 1990, H. 3, 36; eadem, Kriminalpolitik im europäischen Entwicklungsprozeß, BewHi 1991, 134; Sieber, Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, ZStW 103 (1991), 957; idem (ed.), Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, 1993; Thomas, Die Anwendung europäischen materiellen Rechts im Strafverfahren, NJW 1991, 2233; Zuleeg, Der Beitrag des Strafrechts zur europäischen Integration, JZ 1992, 761; Vogler, Die strafrechtlichen Konventionen des Europarats, Jura 1992, 586; idem, Der Schutz der Menschenrechte bei der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen, ZStW 105 (1993), 3; Rüter, Harmonie trotz Dissonanz. Gedanken zur Erhaltung eines funktionsfähigen Strafrechts im grenzenlosen Europa, ZStW 105 (1993), 30; Weigend, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen - Verlust an nationaler Strafrechtskultur?, ZStW 105 (1993), 774.

VIII. El contenido de la reforma

27 La nueva Parte general del StGB creada por las dos primeras Leyes de reforma del Derecho penal ha pretendido en todos sus preceptos llegar a un compromiso entre las propuestas del P 1962 y del PA (cfr. ya nm. 23 s.). Así p.ej., en el precepto central sobre medición de la pena se mantiene el inciso, procedente del P 1962, de que la culpabilidad es la "base de la medición de la pena" (actual § 46 I 1); pero al añadir el siguiente inciso, en virtud del cual hay que "tener en cuenta... los efectos que cabe esperar que tenga la pena para la futura vida del sujeto en la sociedad" (actual § 46 I 2), se coloca junto a ello en una posición igualmente importante la idea de resocialización favorecida por el PA (en detalles sobre la interpretación de este precepto cfr. el tomo II). Una tendencia equivalente se manifiesta en el sistema reformado de sanciones, que contiene las modificaciones más profundas que ha introducido la nueva Parte general. Para dar una caracterización más exacta de la ley finalmente surgida de la reforma, a continuación se efectuará una breve síntesis de los cambios más importantes del sistema de sanciones, contemplando como trasfondo la evolución políticocriminal (sobre todo las propuestas del P 1962 y del PA) [49].

1. La abolición de la pena de presidio

28 El antiguo StGB, como ya se ha expuesto (nm. 2), contenía cuatro clases de penas privativas de libertad, escalonadas por su gravedad. El P 1962 había querido mantener el presidio y la prisión y añadir el denominado arresto penal como tercera clase de pena privativa de libertad. Frente a esto, el PA había renunciado a las distinciones entre diversas clases de penas privativas de libertad, y tras largas vacilaciones finalmente el legislador se ha adherido a esa posición. Desde la 1.ª StrRG ya no hay presidio y prisión, sino una única "pena de prisión (o privativa de libertad)" (denominada también "pena unitaria"), que según el § 38 StGB se puede imponer como pena de prisión temporal desde un mes hasta quince años o como pena de prisión perpetua.

29 La abolición de la pena de presidio que ello implica [50], y que bien se puede afirmar que es la más importante de las reformas efectuadas hasta el momento, significa una victoria del

[49] Las novedades aquí no mencionadas, así como los detalles de todas las regulaciones, se tratarán más extensamente en la parte de este libro sobre las sanciones (tomo II).

[50] El primero en abogar por ella fue el Proyecto de Radbruch (cfr. nm. 8), aunque manteniendo

pensamiento de la resocialización. En efecto, la pena de presidio, que se imponía en los delitos más graves, sólo se podía distinguir de la de prisión (y de la pena de arresto, aún más benigna) por un sistema más duro de cumplimiento y consecuencias accesorias adicionales (como la pérdida de los honores civiles). Ambas cosas eran consecuentes considerando la pena como imposición de un mal en el sentido de la teoría de la retribución o desde la perspectiva de un Derecho penal de la intimidación, pero tenían que provocar pesar y amargura en el delincuente humillado de ese modo, disminuyendo sus oportunidades de resocialización. A ello se añadía el efecto estigmatizador de la pena de presidio, que en la mayoría de los casos impedía ya por sí sola que, tras su puesta en libertad, el penado pudiera volver a arraigar en sociedad: ¿quién va querer ya dar empleo a un "presidiario"? De ese modo, la condena a pena de presidio en la mayoría de los casos llevaba definitivamente a la asocialidad a los sujetos más necesitados de resocialización. Frente a esto no es contundente la apelación a una preponderante necesidad de prevención general, pues ya sabemos (§ 3, nm. 25, 31) que la intimidación no emana tanto de la gravedad de la pena con que se amenaza como de la intensidad de la persecución penal. Por todo ello, la introducción de la pena única de prisión es un paso importante, y que hay que alabar sin reservas, en el camino hacia un moderno Derecho penal resocializador.

En 1969, que fue el último año antes de la abolición de la pena de presidio, de un total de 530.947 condenas dictadas conforme al Derecho penal común hubo 155.741 condenas a pena de prisión y 2.557 a pena de presidio, de las que 59 lo fueron con carácter perpetuo. En 1991 hubo 622.390 condenas basadas en el Derecho penal común; de ellas 100.766 fueron a pena de prisión, de las cuales 56 lo fueron a prisión perpetua [51].

2. El retroceso de la pena de prisión inferior a seis meses

Ya desde los tiempos de von Liszt es algo reconocido que la pena corta de prisión (con **30**
cuyo concepto se alude aquí y en lo que sigue a las penas inferiores a seis meses) [52] en la mayoría de los casos causa más daño que beneficio. El breve tiempo de internamiento no es sucifiente para llevar a cabo una ejecución penitenciaria (re)socializadora con perspectivas de éxito; pero es lo suficientemente largo como para que el sujeto que ha tenido un primer desliz, que es castigado con suma frecuencia con una pena inferior a seis meses, se ponga definitivamente en el mal camino por el contacto con criminales responsables de delitos graves y con condenas más largas. Además, el efecto que implica el cumplimiento de la pena, de separar al sujeto de su profesión y familia, que a menudo suponen el último apoyo para el mismo, tiene consecuencias nocivas en la mayoría de los casos. Si el sujeto pierde su profesión y su mujer se separa o divorcia del mismo porque está en prisión, las posibilidades de que no incurra en responsabilidad penal tras el cumplimiento de la pena serán menores que antes, máxime cuando la mácula social de "haber estado a la sombra" va a suponer una dificultad adicional para su vida en sociedad. Por eso casi no es una exageración que se haya dicho que la pena corta de prisión favorece la comisión de nuevos delitos en vez de prevenirla.

Por esa razón, el PA propuso por primera vez en la historia del movimiento alemán de **31**
reforma suprimir totalmente la pena de prisión inferior a seis meses como pena primaria y sustituirla por la imposición de penas sensibles de multa; para los delincuentes que no puedan o no quieran pagar, el PA preveía la posibilidad de satisfacer la pena mediante trabajo en beneficio de la comunidad (especialmente en hospitales, centros educativos, residencias de

---

la prisión "estricta", que sin embargo no debía distinguirse de la prisión simple en la ejecución y las consecuencias accesorias.

[51] Los datos estadísticos en este punto y en los siguientes están tomados de: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10: Rechtspflege, Reihe 3: Strafverfolgung, 1991, y (para 1969) Jescheck, AT[4], § 5 V.

[52] Sin embargo, en su época v. Liszt sólo luchó directamente por una abolición de la pena privativa de libertad inferior a seis semanas; cfr. Kriminalpolitische Aufgaben, en: Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, 1905 (reimpr. 1970), t. I, 290 ss. (340 ss.), así como: Die Reform der Freiheitsstrafe, loc. cit., 511 ss. (514 ss.).

ancianos o instituciones similares); sólo cuando el sujeto se negara tanto al pago de la multa como a la prestación del trabajo en beneficio de la comunidad, debería cumplir —pero en tal caso en cierta medida debido a su propia decisión— una "pena privativa de libertad sustitutoria" de corta duración.

32 Mientras que el P 1962 mantenía en toda su extensión la pena corta de prisión, el legislador ya no se ha cerrado frente a las razones que se oponen a la misma, pero tampoco se ha atrevido a abolirla plenamente, sino que ha optado por la solución de compromiso del § 47 I. De acuerdo con el mismo, sólo se impondrá una pena corta de prisión "cuando haya especiales circunstancias en el hecho o en la personalidad del autor que hagan imprescindible la imposición de una pena de prisión para influir sobre el sujeto o para la defensa del ordenamiento jurídico". Por tanto, la ley le ordena al juez que sólo excepcionalmente (como *ultima ratio*) haga uso de la pena de prisión de corta duración; por eso se considera el § 47 I como una "cláusula de *ultima ratio*". Además, el uso más bien parco de la misma por los tribunales resulta políticocriminalmente necesario porque antes de la 1.ª StrRG la imposición sumamente frecuente de penas cortas de prisión había provocado un abarrotamiento de nuestros centros penitenciarios que, ya por razones técnicoadministrativas, hacía casi imposible todo esfuerzo serio en favor de los autores de delitos graves con condenas más largas.

En el año 1991 se dictaron aún 44.321 condenas a penas de prisión inferiores a seis meses; concediéndose en 34.292 de ellas la suspensión condicional.

3. La dispensa de pena

33 Totalmente novedoso (y tampoco estaba previsto aún en el P 1962) es el § 60, según el cual en las penas de prisión de hasta un año el tribunal dispensará (prescindirá de) la pena "si las consecuencias del hecho que hayan afectado al autor son tan graves que sería evidentemente equivocado imponer una pena". Aquí se ha pensado en el supuesto de que el sujeto ya haya sido "suficientemente castigado" por las repercusiones de su delito; así p.ej. si el automovilista que ha provocado culposamente un accidente, sufre él mismo en el accidente graves lesiones con peligro para su vida. El PA, con su propuesta similar de "declaración de culpabilidad con renuncia a la pena", había pretendido ir aún más lejos y (excepto en los delitos de homicidio doloso consumado) incluir también delitos con pena de prisión no superior a dos años y los casos de comisión del hecho en "una situación de conflicto extraordinariamente grave". De todos modos el precepto legal, aun con su versión más moderada, es digno de alabanza por su orientación hacia las finalidades preventivas del Derecho penal.

En el año 1991 se dispensó de pena en 684 casos.

4. La ampliación de la condena condicional

34 Desde 1953 (cfr. nm. 15) se admitía la posibilidad de suspender a prueba las penas privativas de libertad no superiores a nueve meses cuando el sujeto gozara de un "pronóstico favorable", es decir cuando se pudiera esperar que sin necesidad de cumplimiento de la pena se le podría volver a llevar a la senda de la legalidad con medidas de asistencia y vigilancia judicial; y si el condenado no volvía a cometer delitos en un período de cinco años, se le remitía definitivamente el cumplimiento de la pena. Sin embargo, esa institución tan eficaz para la prevención especial veía sustancialmente disminuida su importancia práctica por el hecho de que no se podía suspender la pena si las necesidades de retribución de la culpabilidad o del "interés público" requerían la ejecución de la pena. Y dado que los tribunales le negaban al sujeto con mucha frecuencia la condena condicional por razones de una justa retribución o de prevención general, la nueva institución jurídica no había podido aportar gran cosa a la disminución del número de penas cortas de prisión.

35 Pese a esto el P 1962 quería mantener en lo sustancial la situación jurídica anterior. En cambio, el PA propuso una regulación mucho más generosa, según la cual (y en la línea de las modernas legislaciones extranjeras) sería posible la suspensión condicional de penas de prisión de hasta dos años. La misma debía depender sólo del pronóstico favorable, o sea que

no podría ser denegada en atención a la culpabilidad del sujeto o a la intimidación general; y la superación del período de prueba daría lugar a la cancelación retroactiva de la pena, con lo que se le ofrecía al delincuente un gran estímulo para llevar una vida sin incurrir en responsabilidad penal.

La 1.ª StrRG ha refundido —como en la mayoría de los casos— las propuestas del P 1962 y del PA en una solución de compromiso, que en este punto ha llevado a una complicada regulación gradual. Con arreglo al § 56, en las penas no superiores a seis meses la supensión de la pena depende únicamente del pronóstico favorable. En las penas de seis meses a un año es asimismo posible la suspensión condicional, pero ésta no se podrá conceder aun con pronóstico favorable si la "defensa del ordenamiento jurídico" (¡una reserva preventivogeneral!) exige la ejecución. Por último, en las penas de prisión de uno a dos años la regla es que no se pueden suspender condicionalmente aunque haya un pronóstico favorable, y sólo será posible la suspensión en caso de concurrir "circunstancias especiales en el hecho y en la personalidad del condenado". Todo ello supone una ampliación aún muy tímida de las anteriores posibilidades de suspensión, pero en cualquier caso es un paso en la dirección preventivoespecial que debe seguirse. Por lo demás, la 23.ª StrÄG, de 13-4-1986, aparte de hacer más fácil la suspensión del resto de pena (o libertad condicional) conforme al § 57 II, sólo ha aportado algunas mejoras insignificantes. 36

De las 100.766 penas de prisión impuestas en el año 1991 conforme al Derecho penal común se suspendieron condicionalmente 68.702. Entre las 44.321 penas de prisión inferiores a seis meses hubo 34.292 condenas condicionales, entre las 37.976 penas de prisión de seis meses hasta un año inclusive hubo 27.345 condenas condicionales, y entre las 11.909 penas de prisión de más de un año hasta dos inclusive, 6.770 condenas condicionales.

5. El nuevo sistema de la pena de multa

La importancia de la pena de multa ha aumentado sustancialmente desde la 1.ª StrRG, pues actualmente ya no se impone sólo cuando está especialmente prevista por la ley en el tipo correspondiente, sino que además en la mayoría de los casos se impone en lugar de la anterior pena corta de prisión (cfr. nm. 30 ss. y el § 47 II, y además el § 49 II). El principal defecto de la anterior pena de multa residía en su injusticia social, ya que afectaba más duramente a los pobres que a los ricos. Es cierto que se podía tener en cuenta las circunstancias patrimoniales del sujeto al fijar la cuantía de la pena; pero la ley no lo prescribía expresamente, con lo que ello sólo se hacía en algunos casos y de modo insuficiente en su conjunto. 37

La reforma pretende remediar esos defectos mediante el denominado "sistema de cuotas diarias", que se basa en el modelo escandinavo y ya se preveía en el P 1962 [53]. Conforme al nuevo § 40 la pena de multa se impone en cuotas diarias, que deben fijarse teniendo en cuenta las circunstancias económicas personales del autor, entre un mínimo de 2 marcos y un máximo de 10.000 marcos. Esas "cuotas diarias" representan la suma que el condenado detrae diariamente de sus ingresos. Por regla general, la multa asciende a un mínimo de cinco y un máximo de trescientas sesenta cuotas diarias completas. Por tanto, si se imagina el caso de que dos sujetos causen conjunta y culpablemente un accidente de tráfico y sean condenados por ello a una misma pena de multa de diez cuotas diarias, no obstante, la suma total de lo que deben pagar puede ascender sólo a 20 marcos para uno de ellos que sea extremadamente pobre, mientras que en el caso del otro, si es extraordinariamente rico, puede llegar a 100.000 marcos. Con tales graduaciones es posible imponer a todos los condenados penas de multa igualmente sensibles con independencia de sus ingresos; lo que no sólo facilita la renuncia a la pena corta de prisión, sino que, si se imponen numerosas y elevadas penas de multa, las mismas aportan recursos dinerarios a la hacienda estatal que 38

[53] La variante propuesta por el PA de una "pena de multa temporal", que debía pagarse no en bloque, sino de modo sucesivo según los ingresos corrientes del sujeto, no ha logrado imponerse. Cfr. sobre la discusión al respecto Baumann, Beschränkung, 1968.

pueden contribuir a financiar las necesarias medidas de resocialización de los autores de delitos graves.

En el año 1991, en Derecho penal común se impusieron 521.291 penas de multa como pena más grave.

39 Una institución totalmente novedosa y especialmente favorable para la resocialización dentro del campo de la pena de multa es también la "amonestación con reserva de pena" (§§ 59 ss.), que permite que en caso de penas de multa de hasta ciento ochenta cuotas diarias la sanción quede en una amonestación junto a la declaración de culpabilidad y la determinación de la pena, y "dejar en reserva" la condena a esa pena durante un período de prueba. Ahora bien, según el § 59 dicha amonestación con reserva de pena sólo se admite si se dan requisitos muy estrictos (pronóstico favorable, circunstancias especiales en el hecho y en la personalidad del autor, y que no se opongan las necesidades de defensa del ordenamiento jurídico), por lo que no puede llegar a tener gran importancia en la praxis. Frente a esto, el PA había pretendido darle un ámbito de aplicación mucho más amplio a dicha institución, al permitir que la amonestación también fuera posible para penas de prisión de hasta un año que debieran imponerse por primera vez, y que dependiera solamente de que hubiera un pronóstico favorable, mientras que por otra parte el P 1962 había rechazado totalmente este instituto. Así pues, también aquí vuelve a resaltar con toda claridad el carácter de compromiso de la regulación legal.

En el año 1991 se dictaron amonestaciones con reserva de pena en 3.474 casos; y en 202 casos se revocó la reserva de pena en virtud del § 59 b I StGB.

6. La vigilancia de la conducta

40 La nueva medida de seguridad de la vigilancia de la conducta (§§ 68-68 g) sigue siendo discutida, pero en todo caso supone un avance en comparación con la vigilancia policial del antiguo StGB (§§ 38 y 39 v. a.). El P 1962 había propuesto una vigilancia de seguridad, en la que, como su nombre indica, la función de seguridad estaba en primer plano con mayor claridad aún; el PA había considerado tal institución como una vigilancia tras el cumplimiento de la pena objetable desde el punto de vista del Estado de Derecho, rechazándola por ello. Finalmente la Comisión especial impuso la presencia obligatoria de un asistente en el período de prueba, asignándole así a la medida, junto al fin de aseguramiento, también importantes cometidos de resocialización de reincidentes y otros criminales responsables de delitos graves.

En el año 1991 se impuso la vigilancia de la conducta en 52 casos, de los cuales 47 lo fueron en adultos, 4 en jóvenes (de 18 a 21 años), y en un caso se le impuso a un adolescente.

7. El centro de terapia social

41 En este caso se trata de una nueva institución, que el legislador tomó del PA. El modelo en el que se había inspirado era el centro dirigido por el Dr. Stürup en Herstedvester, Copenhague, en el que los delincuentes no corregibles ni siquiera con un moderno tratamiento penitenciario resocializador eran sometidos a terapia individual y de grupo mediante métodos especiales psiquiátricosociales. Para tales "delincuentes incorregibles" en apariencia, desde la introducción de las medidas de seguridad en nuestro país sólo se disponía de la custodia de seguridad, que como custodia meramente reclusiva, de duración indeterminada y a menudo de por vida, en la mayoría de los casos significaba la definitiva segregación del sujeto de la sociedad. Frente a esto, la idea básica del PA era la de que la sociedad no puede "proscribir" a nadie mientras no se hayan agotado todos los medios médicos y psiquiátricos disponibles para poder convertir pese a todo a una persona así en un miembro de la sociedad apto para vivir en ella. La medida de seguridad destinada a ese último "intento curativo" debía ser el centro de terapia social, en el que, si se daban los presupuestos indicados más detalladamente en el § 69 PA, debía internarse a aquellos sujetos cuyo delito estuviera vinculado a una enfermedad mental o a trastornos profundos de su personalidad, o que por su reiterada reincidencia hubieran demostrado que no son resocializables mediante el trata-

miento penitenciario normal; en tales casos se anteponía obligatoriamente el centro de terapia social a la custodia de seguridad.

La 2.ª StrRG acogió finalmente el centro de terapia social, que no había sido previsto en el P 1962, en el catálogo de sus medidas de seguridad, aunque restringiendo sustancialmente su ámbito de aplicación. No obstante, tal precepto nunca se ha llegado a aplicar. En efecto, en un primer momento el legislador aplazó la entrada en vigor de esa medida (debido a sus costes y a no estar probado el modelo): primero hasta 1978 y a continuación hasta 1985. Pero finalmente, por Ley de 20-12-1984 se derogó el § 65. Actualmente el centro de terapia social sólo pervive dentro de los límites de una "solución penitenciaria" regulada por los §§ 9 y 123 ss. StVollzG. **42**

El breve resumen que se acaba de ofrecer pone de manifiesto que, aunque el Derecho vigente no coincide en absoluto con todos los deseos de reforma, sin embargo las novedades aportadas por la 1.ª y 2.ª StrRG suponen un importante paso hacia adelante y permiten reconocer el giro del legislador hacia el curso de un Derecho penal que intenta unir en una línea intermedia la receptividad a la resocialización con las necesidades de prevención general. Tras haber supuesto siempre el Derecho penal alemán en el campo de la dogmática jurídica un alto estándar internacionalmente reconocido, por fin el StGB alemán, tanto tiempo atrasado en su sistema de sanciones, se acomoda también en este terreno a las exigencias de una obra legislativa moderna y en cierta medida progresista. Es cierto que la reforma del Derecho penal nunca puede ni debe considerarse concluida, porque tanto los cambios en las circunstancias sociales y en la evolución de la criminalidad como también los nuevos conocimientos obtenidos por la criminología y las cambiantes concepciones sobre los objetivos políticocriminales requieren constantes adaptaciones y cambios de acento legislativos. Pero pese a todo no debe abandonarse la tendencia fundamental de la reforma efectuada hasta ahora. Por lo tanto, las futuras leyes de reforma deberían moverse también en el marco de un Derecho penal preventivo que, reconociendo las exigencias mínimas de prevención general, con respecto al delincuente refunda ayuda socializadora y garantía de la libertad en una síntesis que habrá que corregir y mejorar constantemente. **43**

§ 5. El principio de legalidad en relación con la interpretación y la vigencia temporal de las leyes penales

Bibliografía: v. Liszt, Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, Mitteilungen der IKV, t. 4, 1893 (= Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, 1905 [reimpr. 1970], t. 2, 75); Stenglein, Gelegenheitsgesetze, DJZ 1900, 107; Traeger, Die zeitliche Herrschaft des Strafgesetzes, VDA, 1908, t. VI, 317; Schottlander, Die geschichtliche Entwicklung des Satzes: "nulla poena sine lege", 1911; Mezger, Die zeitliche Herrschaft der Strafgesetze, ZStW 42 (1921), 348; Bohne, Die Magna Charta und das strafgesetzliche Analogieverbot, Lehmann-FS, 1937, 71; v. Weber, Zur Geschichte der Analogie im Strafrecht, ZStW 56 (1937), 653; Germann, Methodische Grundfragen, 1946; H. Mayer, Das Analogieverbot im gegenwärtigen deutschen Strafrecht, SJZ 1947, 12; Jost, Zum Analogieverbot im Strafrecht, SchwZStr 65 (1950), 358; J. de Asúa, Nullum crimen, nulla poena sine lege, ZStW 63 (1951), 166; Sax, Das strafrechtliche Analogieverbot, 1953; H. Mayer, Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände, en: MatStrRef., I, 1954, 259; K. Peters, In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen StGB zu regeln?, en: Verhandlungen des 41. DJT, 1955, I, vol. 2, 1; Waiblinger, Die Bedeutung des Grundsatzes "nullum crimen sine lege", Schweizer Juristenverein-FS, 1955, 212; Baumann, Die natürliche Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht, MDR 1958, 394; Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege, en: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (eds.), Die Grundrechte, t. III, vol. 2, 1959, 909; Stree, Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960; Claß, Generalklauseln im Strafrecht, Eb. Schmidt-FS, 1961, 122; Hardwig, Berücksichtigung der Änderung eines Strafgesetzes in der Revisionsinstanz bei Vorliegen eines rechtskräftigen Schuldspruchs, JZ 1961, 364; Heller, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, 1961; Meyer-Ladewig, Der Satz nulla poena sine lege in dogmatischer Sicht, MDR 1962, 262; Warda, Dogmatische Grundklagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, 1962; Woesner, Generalklausel und Garantiefunktion der Strafgesetze, NJW 1963, 273; Gründwald, Bedeutung und Begründung des Satzes nulla poena sine lege, ZStW 76 (1964), 1; Roxin, Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964, 373 (= Grundlagenprobleme, 184); Schnur (ed.), Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte, 1964; Baumann, Der Aufstand des schlechten Gewissens, 1965; Gründwald, Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften, MDR 1965, 521; Seel, Unbestimmte und normative Tatbestandsmerkmale und der Grundsatz nullum crimen sine lege (Art. 103 II GG), tes. doct. München, 1965; Bopp, Die Entwicklung des Gesetzesbegriffes im Sinne des Grundrechtes "nulla poena, nullum crimen sine lege", tes. doct. Freiburg, 1966; Diefenbach, Die verfassungsrechtliche Problematik des § 2 Abs. 4 StGB, tes. doct. Frankfurt, 1966; Germann, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, [2]1967; Küper, Die Richteridee der Strafprozeßordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1967; W. Hassemer, Tatbestand und Typus, 1968; Kleinheyer, Vom Wesen der Strafgesetze in der neueren Rechtsentwicklung - Entwicklungsstufen des Grundsatzes nulla poena sine lege, 1968; Lenckner, Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz, "nullum crimen sine lege", JuS 1968, 249, 304; Naucke, Rückwirkende Senkung der Promillegrenze und Rückwirkungsverbot, NJW 1968, 2321; Schöckel, Die Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots bis zur französischen Revolution, 1968; Schreiber, Zur Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von Verjährungsfristen früher begangener Delikte, ZStW 80 (1968), 348; Kohlmann, Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafgesetzen, 1969; Mangakis, Über die Wirksamkeit des Satzes "nulla poena sine lege", ZStW 81 (1969), 997; Naucke, Vom Nutzen der subjektiven Auslegung im Strafrecht, Engisch-FS, 1969, 274; Schick, Zeitgesetze, JBl 1969, 639; Schneider, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, 1969; Schroeder, Die Bestimmtheit von Strafgesetzen am Beispiel des groben Unfugs, JZ 1969, 775; Tiedemann, Tatbe-

standsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; Burian, Der Einfluß der deutschen Naturrechtslehre auf die Entwicklung der Tatbestandsdefinition im Strafrecht, 1970; Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970; Grunsky, Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1970; Haffke, Das Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG bei Änderung der Rechtsprechung zum materiellen Recht, tes. doct. Göttingen, 1970; Lemmel, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege, 1970; Straßburg, Rückwirkungsverbot und Änderung der Rechtsprechung, ZStW 82 (1970), 948; Gomard, Auslegung und Analogie bei der Anwendung dänischer Wirtschaftsstrafgesetze, ZStW 83 (1971), 332; Groß, Über das "Rückwirkungsverbot" in der strafrechtlichen Rechtsprechung, GA 1971, 13; Kratzsch, § 53 StGB und der Grundsatz nullum crimen sine lege, GA 1971, 65; Bringewat, Gewohnheitsrecht und Richterrecht im Strafrecht, ZStW 84 (1972), 585; Engisch, Methoden der Strafrechtswissenschaft, en: Methoden der Rechtswissenschaft, Parte I, 1972, 39; Müller-Dietz, Verfassungsbeschwerde und richterliche Tatbestandsauslegung im Strafrecht, Maurach-FS, 1972, 41; Nickel, Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz "nullum crimen sine lege" (Art. 103 II GG), 1972; Buchner, Vertrauensschutz bei Änderung der Rechtsprechung, Dietz-GS, 1973, 175; Maiwald, Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele, Gallas-FS, 1973, 137; Naucke, Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1973; Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, [2]1973; Schreiber, Rückwirkungsverbot bei einer Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht, JZ 1973, 713; Suppert, Studien zur Notwehr und "notwehrähnlichen Lage", 1973; Arndt, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974; Dubs, Die Forderung der optimalen Bestimmtheit belastender Rechtsnormen, en: Referate zum Schweizer Juristentag 1974, 223; Meurer/Meichsner, Untersuchungen zum Gelegenheitsgesetz im Strafrecht, 1974; Tiedemann, Zeitliche Grenzen des Strafrechts, Peters-FS, 1974, 193; Haft, Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht, JuS 1975, 477; Kratzsch, Das (Rechts)Gebot zu sozialer Rücksichtnahme als Grenze des strafrechtlichen Notwehrrechts, JuS 1975, 435; Tiedemann, Der Wechsel von Strafnormen und die Rspr. des BGH, JZ 1975, 692; Mazurek, Zum Rückwirkungsgebot gemäß § 2 Abs. 3 StGB, JZ 1976, 233; Mohrbotter, Garantiefunktion und zeitliche Herrschaft der Strafgesetze am Beispiel des § 250 StGB, ZStW 88 (1976), 923; Neumann, Der "mögliche Wortsinn" als Auslegungsgrenze in der Rechtsprechung der Strafsenate des BGH, en: Neumann/Rahlf/v. Savigny (eds.), Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, 1976, 42; Schreiber, Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen nulla poena sine lege, 1976; Dietz, Die Problematik der Rückwirkung von Strafgesetzen bei den Maßregeln der Besserung und Sicherung, tes. doct. Frankfurt, 1977; Krey, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977; Mohrbotter, Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Form und Stoff bei der Änderung strafrechtlicher Rechtssätze (§ 2 StGB), JZ 1977, 53; Pieroth, Der rückwirkende Wegfall des Strafantragserfordernisses, JuS 1977, 394; Tröndle, Rückwirkungsverbot bei Rechtsprechungswandel?, Dreher-FS, 1977, 117; Krey, Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem, JZ 1978, 361, 428, 465; Schünemann, Nulla poena sine lege?, 1978; Bottke, Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten, 1979; Höpfel, Zu Sinn und Reichweite des sogenannten Analogieverbots, JBl 1979, 505, 575; Schroeder, Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze, Bockelmann-FS, 1979, 785; Schünemann, Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts, Bockelmann-FS, 1979, 117; Schünemann, 17 Thesen zum Problem der Mordverjährung, JR 1979, 177; Sommer, Das "mildeste Gesetz" i. S. d. § 2 III StGB, 1979; Bruns, Richterliche Rechtsfortbildung oder unzulässige Gesetzesänderung der Strafdrohung für Mord?, JR 1981, 358; Naucke, Die Aufhebung des Analogieverbots 1935, en: NS-Recht in historischer Perspektive, 1981, 71; Bohnert, P.J.A. Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 1982; Hassemer, Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze, Coing-FS, 1982, t. 1, 493; Arth. Kaufmann, Analogie und Natur der Sache, [2]1982; Kunert, Zur Rückwirkung des milderen Steuerstrafgesetzes, Neue Zeitschrift für Steuerrecht 1982, 276; Naucke, Die Mißachtung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots 1933-1945, Coing-FS, 1982, t. 1, 225; Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, [2]1983; Krey, Keine Strafe ohne Gesetz, 1983; Samson, Möglichkeiten einer legislatorischen Bewältigung der Parteispendenproblematik, wistra 1983, 235; Schroth, Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im

Strafrecht, 1983; Schünemann, Die Gesetzesinterpretation, Klug-FS, t. 1, 1983, 169; Bruns, Die sog. "tatsächliche" Betrachtungsweise im Strafgesetz, JR 1984, 133; Rüping, Blankettnormen als Zeitgesetze, NStZ 1984, 450; Schlüchter, Zum "Minimum" bei der Auslegung normativer Merkmale im Strafrecht, NStZ 1984, 300; Zippelius, Juristische Methodenlehre, [4]1985; Baumann, Dogmatik und Gesetzgeber, Jescheck-FS, 1985, 105; Calliess, Der strafrechtliche Nötigungstatbestand und das verfassungsrechtliche Gebot der Tatbestandsbestimmtheit, NJW 1985, 1506; Dopslaff, Wortbedeutung und Normzweck als die maßgeblichen Kriterien für die Auslegung von Strafrechtsnormen, 1985; Hirsch, Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot, Tjong-GS, 1985, 50; Jung, Rückwirkungsverbot und Maßregel, Wassermann-FS, 1985, 875; Krey, Parallelität und Divergenzen zwischen strafrechtlichem und öffentlichrechtlichem Gesetzesvorbehalt, Blau-FS, 1985, 123; Loos, Bemerkungen zur "historischen Auslegung", Wassermann-FS, 1985, 123; Montenbruck, In dubio pro reo aus normtheoretischer, straf- und strafverfahrensrechtlicher Sicht, 1985; Rüping, Nullum crimen sine poena, Oehler-FS, 1985, 27; R. Schmitt, Der Anwendungsbereich von § 1 Strafgesetzbuch (Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz), Jescheck-FS, 1985, 223; Tiedemann, Die gesetzliche Milderung im Steuerstrafrecht, 1985; Bruns, Zur strafrechtlichen Relevanz des gesetzesumgehenden Täterverhaltens, GA 1986, 1; Krahl, Die Rechtsprechung des BVerfG und des BGH zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 1986; Lackner, Zu den Grenzen der richterlichen Befugnis, mangelhafte Strafgesetze zu berichtigen, Universität Heidelberg-FS, 1986, 39; Schlüchter, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986; Schünemann, Kritische Anmerkungen zur These von der strafrechtlichen Rückwirkung des Parteienfinanzierungsgesetzes 1984, en: De Boor/Pfeiffer/Schünemann (eds.), Parteispendenproblematik, 1986, 119; Schürmann, Unterlassungsstraftat und Gesetzlichkeitsgrundsatz, 1986; Tiedemann, Das Parteienfinanzierungsgesetz als strafrechtliche lex mitior, NJW 1986, 2475; Kirchhof, Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtssprache, 1987; Schmidhäuser, Strafgesetzliche Bestimmtheit: Eine rechtsstaatliche Utopie, Martens-GS, 1987, 231; Baumann, Ein neues ad hoc-Gesetz zu § 125 StGB?, StrV 1988, 37; Pföhler, Zur Unanwendbarkeit des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots im Strafprozeßrecht in dogmenhistorischer Sicht, 1988; Krey, Gesetzestreue und Strafrecht. Schranken richterlicher Rechtsfortbildung, ZStW 101 (1989), 838; Ransiek, Gesetz und Lebenswirklichkeit. Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot, 1989; W. Hassemer, Zeitgesetze und Gelegenheitsgesetze in strafrechtstheoretischer und kriminalpolitischer Perspektive, en: Lüderssen y otros (eds.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, 1990, 201; Kaschkat, Verfassungsrechtliche Grenzen strafrechtswirksamer Legislativtechnik, F.-W. Krause-FS, 1990, 123; Velten/Mertens, Zur Kritik grenzenlosen Gesetzesverstehens etc., ARSP 1990, 516; Wittich, Zur Analogie im chinesischen Strafrecht, Jahrbuch für Ostrecht, 1990, 437; Bernreuther, Promillegrenze - Präjudizänderung im Strafrecht und Rückwirkungsverbot, MDR 1991, 829; Hüting/Konzak, Die Senkung des Grenzwertes der absoluten Fahrunsicherheit und das Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG, NZV 1991, 255; Krahl, Fahruntüchtigkeit - Rückwirkende Änderung der Rechtsprechung und Art. 103 II GG, NJW 1991, 808; Laaths, Das Zeitgesetz gem. § 2 Abs. 4 StGB unter Berücksichtigung des Blankettgesetzes, tes. doct. Regensburg, 1991; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, [6]1991; Neumann, Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?, ZStW 103 (1991), 331; Runte, Die Veränderung von Rechtfertigungsgründen durch Rechtsprechung und Lehre, 1991; Samson, Die strafrechtliche Behandlung von DDR-Alttaten nach der Einigung Deutschlands, NJW 1991, 335; Schick, Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot, R. Walter-FS, 1991, 625; Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, 1992; W. Hassemer, Richtiges Recht durch richtiges Sprechen?, en: Grewendorf (ed.), Rechtskultur als Sprachkultur, 1992, 71; Jakobs, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?, en: Battis y otros (eds.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992, 37; S. Jung, Die Rechtsprobleme der Nürnberger Prozesse, 1992; Lorenz, Faustrecht in der Eifel - Brauchtum als Rechtfertigungsgrund, MDR 1992, 630; Lüderssen, Kontinuität und Grenzen des Gesetzlichkeitsprinzips bei grundsätzlichem Wandel der politischen Verhältnisse, ZStW 104 (1992), 735; Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, 1992; Schroth, Präzision im Strafrecht, en: Grewendorf (ed.), Rechtskultur als Sprachkultur, 1992, 93; Yi, Wortlautgrenze, Intersubjektivität und Kontexteinbettung, 1992; Arzt, Dynamisierter Gleichheitssatz und elementare Ungleichheiten im Strafrecht, Stree/Wessels-FS, 1993, 49; Grünwald, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Gesetzlichkeitsprinzip, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 433; Heinrich, Die gefährliche Körperverletzung, 1993; Herrmann, Men-

schenrechtsfeindliche und menschenrechtsfreundliche Auslegung des Grenzgesetzes der DDR, NStZ 1993, 118; Jakobs, Untaten des Staates - Unrecht im Staat, GA 1994, 1.

I. No hay delito ni pena sin ley

Como ya se ha expuesto anteriormente, un Estado de Derecho debe proteger 1
al individuo no sólo **mediante** el Derecho penal, sino también **del** Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del "Estado Leviatán". Como instrumentos de protección que brinda el Estado de Derecho al sujeto amenazado por las sanciones públicas hemos visto ya el principio de culpabilidad (§ 3, nm. 46 ss.) y el principio de proporcionalidad (§ 3, nm. 58), principios que pretenden impedir que dentro del marco trazado por la ley se castigue sin responsabilidad individual o que se impongan sanciones demasiado duras. Frente a esto, el principio de legalidad, que ahora vamos a exponer, sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva.

1. No hay delito sin ley

El principio "no hay crimen o delito sin ley" *(nullum crimen sine lege)* [1] es 2
un postulado básico del Estado de Derecho, que se ha plasmado en el § 1 StGB y por su especial importancia también, y con idéntico tenor, en el art. 103 II GG, así como, con otra formulación, en el art. 7 I 1 CDH. En el § 1 StGB y el art. 103 II GG se expresa así: "Un hecho sólo se puede castigar si la punibilidad estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho". Es decir: por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídicopenales si antes lo ha advertido expresamente en la ley. Así por ejemplo, cuando aparecieron las máquinas automáticas que funcionan con monedas, que obviamente aún no eran conocidas cuando se aprobó el StGB en 1871, algunas personas se dedicaron a perjudicar a quienes habían hecho instalar tales aparatos (v.gr. un teléfono de monedas o una báscula automática), introduciendo en la ranura, en vez de monedas auténticas, pequeñas fichas metálicas de forma similar, para poder así utilizar gratis los aparatos automáticos. Tales conductas no se pudieron castigar (RGSt 68, 65), porque el tipo de la estafa requiere, según el tenor literal del § 263, que

[1] A estos efectos el término "crimen o delito" *("Verbrechen")* se entiende aquí en el sentido de "hecho punible", y no en su significación especial [de "delito grave"] del § 12 I.

se cree o se mantenga un error, pero un aparato no puede errar; y los §§ 146 y 248 c tampoco se ajustaban directamente a ese supuesto. Por eso el legislador se vio obligado a introducir un nuevo precepto penal (el § 265 a), que ahora abarca el uso abusivo de aparatos automáticos ("el que consiga fraudulentamente la prestación de un aparato automático"). Pero sólo se pudo castigar conforme a este nuevo precepto a los sujetos que utilizaron abusivamente aparatos automáticos **tras** la introducción del mismo, mientras que los que habían motivado la introducción del § 265 a estaban protegidos y a salvo de pena por el principio de legalidad.

3 Por consiguiente, el principio "no hay delito sin ley" permite escaparse colándose entre las mallas de la ley penal [2]. Por eso Franz v. Liszt denominó al Código Penal, que realmente debería servir para combatir el delito, con una fórmula exagerada pero pegadiza, "la Carta magna del delincuente" [3]. Ello significa lo siguiente: que así como en su momento la "Magna Charta Libertatum" británica (1215) protegía al individuo de intromisiones arbitrarias del poder estatal, el Código Penal pone a cubierto al ciudadano (tanto al honrado como al no honrado) de todo castigo por una conducta que no haya sido claramente declarada punible **antes** del hecho. Que con ello en alguna ocasión pueda quedar impune una conducta especialmente refinada, socialmente nociva y por ello merecedora de pena, es el precio que ha de pagar el legislador por la falta de arbitrariedad y la seguridad jurídica (es decir, por la calculabilidad de la aplicación de la potestad punitiva del Estado).

2. No hay pena sin ley

4 El principio "no hay delito sin ley" se completa con la fórmula "no hay pena sin ley" *(nulla poena sine lege)*. Ello quiere decir que no sólo la circunstancia de que una determinada conducta sea ya punible, sino también la clase de pena y su posible cuantía han de estar legalmente fijadas antes del hecho. Así p.ej., por una determinada razón el legislador se podrá sentir motivado a aumentar la pena prevista para la formación de organizaciones terroristas

[2] A estos efectos, la pena de prisión requiere en virtud del art. 104 GG una ley formal, mientras que en las restantes penas, o sea, ante todo en las penas de multa, basta con una ley material (decretos legislativos), aunque se plantean elevadas exigencias en cuanto a la precisión de la norma de autorización. Sobre los límites constitucionales de dicha "técnica legislativa operativa en Derecho penal" cfr. la exposición que hace Kaschkat, F.-W. Krause-FS, 1990, 123, tomando como ejemplo la BtMG, que considera inconstitucional.

[3] En un informe del año 1893 para la IKV (Unión Internacional de Derecho Penal) (§ 3, nm. 12), impreso en: Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, 1905 (reimpr. 1970), t. 2, 75 ss. (80). La frase no sólo suena a "paradójica", como escribió el propio Liszt (loc. cit.), sino que también es incorrecta desde el punto de vista lógico, porque quien se comporta de modo impune precisamente no es un "delincuente" (cfr. Schünemann, 1978, 1, n. 2). Pero el sentido de esa ingeniosa formulación es no obstante inequívoco.

(§ 129 a I y II); pero en tal caso los propios sujetos que han dado motivo para ello habrán de ser juzgados siempre conforme al antiguo marco penal más benigno. Y ello aún no se deriva del principio "no hay delito sin ley", pues ya había un delito ("crimen") en el momento de comisión del hecho; es sólo el principio "no hay pena sin ley" el que da seguridad al autor también en este punto.

No es totalmente pacífica la cuestión de si también posee rango constitu- **5**
cional el principio *"nulla poena sine lege"*. Su plasmación más importante, la prohibición de agravación retroactiva de la pena, se formula expresamente en el § 2 I StGB: "La pena y sus consecuencias accesorias se determinan por la ley vigente en el momento del hecho". Pero —a diferencia del tenor del § 1— este precepto no se reproduce en el art. 103 II GG. De ello se podría extraer la consecuencia de que una agravación posterior de la pena estaría ciertamente prohibida por el § 2 I, pero no constitucionalmente [4], ya que antes del hecho ha habido "punibilidad" en el sentido del art. 103 II GG.

Sin embargo la op. absolutamente dom. sostiene que la Constitución tam- **6**
bién garantiza el principio *nulla poena* [5]; y con razón, porque el concepto "punibilidad" utilizado en el art. 103 II GG se puede interpretar sin forzarlo en el sentido de que abarca tanto el "si" cuanto el "cómo" de la punibilidad. Y con dicha interpretación, la "punibilidad" tampoco estaría determinada o fijada antes del hecho si posteriormente se agravara la previsión legal de pena. De esa idea partieron en todo caso los creadores de la GG [6], y además esa interpretación es la única teleológicamente correcta: pues la garantía constitucional del principio de legalidad tendría poco valor si no pudiera impedir también la posterior transformación de una previsión de pena muy benigna en una muy dura; en tal caso siempre sería posible la arbitrariedad estatal, que la Constitución pretende excluir. En consecuencia, si se parte de la base de que el art. 103 II GG (y correlativamente el § 1) acoge en su seno el principio *nulla poena,* entonces el § 2 sólo supone, respecto de su consecuencia más importante, a saber, la prohibición de una agravación retroactiva de la pena, una concreción clarificante en relación con la vigencia temporal de las leyes penales.

---

[4] La cuestión fue muy discutida en la época de Weimar respecto del precepto del art. 116 WRV, equivalente al actual art. 103 II GG.

[5] Cfr. solamente BVerfGE 25, 295; 45, 363, 371 ss. En época reciente sólo le siguen negando rango constitucional al principio *nulla poena,* Welzel, StrafR[11] [= PG, 1987; N. del T.], § 5 I 1; K. Peters, 1955, 23.

[6] Detalladamente Schreiber, 1976, 202 ss.

II. Las cuatro consecuencias del principio de legalidad

7 Tradicionalmente se distinguen cuatro consecuencias o repercusiones del principio de legalidad, plasmadas en forma de "prohibiciones", de las cuales las dos primeras se dirigen al juez, y las dos últimas, al legislador: la prohibición de analogía, la prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas. Las cuatro prohibiciones habrán de ser objeto de una exposición más detallada y separada (nm. 26 ss.); pero para comprender el principio de legalidad es preciso comenzar por hacer una caracterización general de las mismas.

1. La prohibición de analogía *(nullum crimen, nulla poena sine lege stricta)*

8 Analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos). Se distingue entre analogía legal y analogía jurídica, según que la regla jurídica que se va a trasladar proceda de un precepto concreto (analogía legal) o de una idea jurídica que se desprenda de varios preceptos (analogía jurídica). Dicha argumentación por analogía, que en otros campos del Derecho es uno de los métodos usuales de aplicación del Derecho, en Derecho penal y para proteger al reo está prohibida por el art. 103 II GG en la medida en que opere en perjuicio de aquél; pues para un supuesto que sólo sea similar al regulado en la ley, no está fijada o determinada **legalmente** la punibilidad. Por eso, en los casos de los aparatos automáticos (nm. 2) hubo que descartar la punición por aplicación analógica del precepto sobre la estafa y absolver a sus autores. Por lo tanto, en caso de aplicación del Derecho en perjuicio del sujeto el poder del juez penal termina en los límites de la interpretación (para más detalles nm. 26 ss.).

2. La prohibición de Derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena *(nullum crimen, nulla poena sine lege scripta)*

9 En otros campos del Derecho se reconoce, junto al Derecho legal, el Derecho consuetudinario (no escrito). Sin embargo, el hecho de que la punibilidad no pueda fundamentarse o agravarse por Derecho consuetudinario es una consecuencia obvia de la norma que prescribe que la punibilidad sólo se puede determinar **legalmente** (para más detalles nm. 45 ss.).

3. La prohibición de retroactividad *(nullum crimen, nulla poena sine lege praevia)*

10 Son imaginables diversas clases de retroactividad. Así, un hecho que no era punible en el momento de su comisión puede ser penado retroactivamente; o

respecto de una acción que ya es legalmente punible, se puede introducir retroactivamente una clase de pena más grave (p.ej. prisión en vez de pena de multa) o se puede agravar la pena dentro de una de la misma clase (p.ej. subirla de cinco a diez años de prisión). Esas tres formas de retroactividad son constitucionalmente inadmisibles, pues la punibilidad (como tal, o en su clase o cuantía) no estaba declarada y determinada legalmente **antes** del hecho (para más detalles nm. 51 ss.).

4. La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas *(nullum crimen, nulla poena sine lege certa)*

Un precepto penal que tuviera v.gr. el siguiente tenor: "el que infringiere el 11
bien común de modo intolerable, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años", convertiría en superfluos múltiples parágrafos del StGB, pero sería un precepto nulo, ya que no permite reconocer qué características ha de tener la conducta punible. La punibilidad no estaría "legalmente **determinada"** antes del hecho, sino que sería el juez quien tendría que fijar qué conducta infringe el bien común de modo intolerable. Por tanto, la infinita multiplicidad de tipos penales (dentro y fuera del Código Penal) es una consecuencia del principio de legalidad. Pero también son inadmisibles las penas totalmente indeterminadas. Así, si p.ej. el § 303 se formulara así: "el que dañe o destruya antijurídicamente una cosa ajena, será castigado", sería anticonstitucional y nulo, ya que quedaría sin determinar legalmente qué pena y en qué cuantía se puede imponer (para más detalles nm. 65 ss.).

III. Historia y vigencia internacional del principio de legalidad [7]

El Derecho romano y el Derecho medieval románico preveían ya en cierta medida prohi- 12
biciones de retroactividad [8], pero era absolutamente usual castigar conforme al Derecho consuetudinario o al arbitrio judicial. La Constitutio Criminalis Carolina, o Peinliche Gerichtsordnung (Ordenanza de los Tribunales Penales) del emperador Carlos V, de 1532, que regía el Derecho penal común alemán [9], si bien remite en sus arts. 104 y 105 fundamentalmente al Derecho positivo, encomienda la clase y medida de las penas a la "buena costumbre" y al juez y permite también la aplicación analógica del Derecho positivo a "casos penales innominados"; además reconoce otras múltiples fuentes del Derecho, por todo lo cual no ofrecía ninguna garantía frente a los castigos extralegales. Pero incluso esa muy limitada vinculación a la ley de la Peinliche Gerichtsordnung se volvió a suprimir en los siglos XVI-XVIII, sobre todo con la admisión de los "crimina extraordinaria", en los que la conducta merecedora de pena se podía sancionar incluso sin ley por decisión judicial.

---

7 Realiza una profunda "Introducción a la historia dogmática del principio 'nullum crimen, nulla poena sine lege'" ("Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes 'nullum crimen, nulla poena sine lege'") Krey, 1983.

8 Detalladamente Schöckel, 1968; Pföhler, 1988.

9 Para los estudiantes es fácilmente asequible la Peinliche Gerichtsordnung como fascículo publicitario: Reclam-Heft n.° 2990, ed. por Radbruch/Arth. Kaufmann.

13 La arbitrariedad e inseguridad jurídica que ello producía preparó finalmente el cambio radical propugnado por los pensadores de finales del siglo XVII y del XVIII, que hizo posible la siguiente época de las codificaciones. A ese respecto aún no estaba en primer plano el deseo de proteger al ciudadano de la arbitrariedad del Estado, sino que se quería (sobre todo entre los pensadores del Derecho natural alemán) [10] darles a los gobernantes del absolutismo ilustrado la posibilidad de imponer su voluntad del modo más amplio posible frente a los jueces; y para ello eran necesarias regulaciones en forma de leyes exactas. Pero ese deseo coincidió con las ideas liberales de la Ilustración, tendentes a la autolimitación del poder estatal, y que se impusieron ampliamente en las obras legislativas de la post-Ilustración (sobre los fundamentos histórico-ideológicos cooperantes cfr. nm. 18 ss.).

14 El principio de legalidad se encuentra por primera vez en 1776 en las Constituciones de algunos Estados federados americanos (Virginia, Maryland), a continuación en el Código Penal austríaco de José II, de 1787 [11], en la célebre Declaración francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 [12], y poco después también en el Preußisches Allgemeines Landrecht (Derecho General del Territorio Prusiano) de 1794 [13]. A partir de aquí penetra en las leyes de los Länder alemanes del siglo XIX, y en primer lugar en el StGB bávaro de 1813, redactado por Feuerbach (sobre Feuerbach cfr. § 3, nm. 22), en el que la rígida vinculación del juez a la ley aún se completaba a continuación con una prohibición expresa de los comentarios científicos (al respecto nm. 26, y para más detalles sobre la influencia de Feuerbach en el principio de legalidad cfr. nm. 22). En el StGB prusiano de 1851, que fue el antecesor del StGB de 1871 (cfr. § 4, nm. 1), se contiene el principio, en una traducción literal del art. 4 del Code Pénal francés (1810), en el § 2: "Ningún delito grave, ningún delito menos grave y ninguna falta pueden ser sancionados con una pena que no estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho". El StGB de la Federación Nordalemana y finalmente el Reichsstrafgesetzbuch (Código Penal del Reich) de 1871 asumieron (en el § 2) esa versión con pequeñas modificaciones: "Una acción sólo puede ser sancionada con una pena si esa pena estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho".

---

[10] Sobre ello Burian, 1970.

[11] Muchos autores consideran que José II, como gobernante absolutista, no quería proteger la libertad del ciudadano, sino consolidar su dominio eliminando el libre arbitrio judicial (cfr. nm. 13). Pero la verdad es que en este caso se compenetran ambos objetivos; el "absolutismo se ha impuesto ya con la idea ilustrada de la legalidad" (Schreiber, 1976, 81 s., 89 ss.). El problema se plantea también de modo similar en el Preußisches Allgemeines Landrecht (Derecho General del Territorio Prusiano).

[12] La cuestión de si la Declaración francesa se remonta más a la influencia de las Constituciones americanas o entronca casi por completo con la filosofía de la Ilustración europea, y en especial la francesa, es objeto de una conocida polémica. Lo correcto es considerar que ambas influencias fueron relevantes. Los artículos más importantes sobre ese tema están recogidos en el volumen colectivo, editado por Schnur, "Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte", 1964. Ofrece una síntesis Schreiber, 1976, 67 ss.

[13] Para una síntesis al respecto, Schreiber, 1976, 83 ss.

15 En el art. 116 de la Constitución del Reich Alemán de 11-8-1919 (la llamada "Constitución del Reich de Weimar": WRV), sin pretender una modificación del contenido [14], se sustituyó el concepto de "pena" por el de "punibilidad", que también se vuelve a encontrar en el art. 103 II GG; sólo ese cambio ha hecho posible la polémica sobre si junto al principio *nullum crimen* en la Constitución también se contiene el principio *nulla poena* (cfr. nm. 5 s.). Junto al nuevo texto se mantuvo la versión distinta del § 2 StGB; ésta no se modificó hasta que en 1935 el legislador nacionalsocialista la cambió por un texto que declaraba que también era lícito castigar "según la idea básica de una ley penal y según el sano sentimiento del pueblo", y que con la admisión de la analogía que ello implicaba abandonaba en gran medida las conquistas impuestas desde la Ilustración (cfr. ya § 4, nm. 14) [15].

16 Tras la guerra, ese § 2 nacionalsocialista fue inmediatamente declarado inaplicable por los aliados (ya en 1945), y derogado expresamente y sustituido por una nueva versión del principio de legalidad (en 1946). Las Constituciones de los Länder alemanes y la Ley Fundamental *(Grundgesetz)* de 23-5-1949 (art. 103 II GG) regresaron sustancialmente al tenor literal del art. 116 WRV, y la nueva versión del § 2 I, aprobada por la 8.ª StrÄG de 4-8-1953, se adhirió literalmente al art. 103 II GG. Y así se mantuvo también en la Reforma del Derecho penal, que se limitó a cambiar la numeración de § 2 I por la de § 1, colocándolo al comienzo de la nueva Parte general del StGB en vigor desde 1-1-1975; y la propuesta de sustituir el término "punibilidad" en el sentido del antiguo § 2 por el de "pena" se rechazó, para no favorecer una interpretación más restrictiva que excluyera del art. 103 II GG el principio *nulla poena* [16].

17 Actualmente el principio de legalidad también tiene en el ámbito internacional una vigencia extendida por casi todo el mundo como principio fundamental del Estado de Derecho (cfr. ya nm. 2) [17]. La Unión Soviética abolió en 1917 el principio *nullum crimen*, pero en 1958 retornó al principio de legalidad, siendo seguida por todos los Estados socialistas de entonces. El principio ha sido también acogido en numerosas regulaciones supranacionales. Así se reconoce en el art. 7 CDH, que también rige como Derecho federal alemán. Sin embargo, el art. 7 II CDH admite respecto de los crímenes de guerra nazis que aun sin ley se castigue "conforme a los principios generales del Derecho reconocidos por los pueblos civilizados"; pero ese apartado no ha sido ratifi-

---

[14] Cfr. sobre ello Anschütz, Kommentar zur WRV, [10]1929, art. 116, n. 1, con ulteriores referencias.

[15] Para más detalles sobre la evolución en el "Tercer Reich" Schreiber, 1976, 191 ss.; Naucke, 1981, 71; idem, Coing-FS, t. I, 1982, 225; Rüping, Oehler-FS, 1985, 27.

[16] Referencias concretas en Schreiber, 1976, 204 ss.

[17] Unicamente el CP danés de 1966 admite en medida restringida la analogía para fundamentar la pena; para más detalles al respecto Gomard, ZStW 83 (1971), 341 ss. También en el Derecho inglés rigen reglas especiales, en la medida en que el mismo se basa en los precedentes judiciales.

cado por la República Federal por considerar que infringe el art. 103 II GG. Asimismo en diversos tratados internacionales ratificados por la República Federal se consagra el principio de legalidad [18], que igualmente ha sido acogido en la Declaración General de los Derechos del Hombre de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 10-12-1948, y en el art. 15 I del Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos de 19-12-1966.

IV. Las raíces de teoría del Estado y penales aún vigentes del principio de legalidad

18 El principio de legalidad en su forma actual hunde sus raíces en el pensamiento de la época de la Ilustración (nm. 13 s.). En concreto se puede distinguir cuatro puntos de partida distintos, aunque conexos, en cuanto a su fundamentación, cuyo conocimiento es necesario también para una interpretación actual del principio. Para una primera división en grandes bloques se puede distinguir entre una justificación jurídicopolítica y una jurídicopenal, pudiéndose dividir ambas a su vez en dos componentes de legitimación distintos.

1. El liberalismo político

19 Un fundamento en el que aún hoy se basa el principio de legalidad reside en un postulado central del liberalismo político: la exigencia de vinculación del ejecutivo y del poder judicial a leyes formuladas de modo abstracto. La burguesía, en su enfrentamiento con el absolutismo, había conseguido la importante conquista de que los gobernantes y los jueces (a menudo dependientes de aquéllos) no pudieran ejercer la potestad punitiva a su libre arbitrio (y en su caso arbitrariamente), sino sólo en la medida en que haya una clara precisión legal de aquélla. Y a pesar del cambio de las circunstancias jurídicopolíticas, muchas fundamentaciones modernas del principio de legalidad se remontan a ese punto de vista. Así, cuando se entiende que el fin del art. 103 II GG es la idea de la protección de la confianza, de la previsibilidad y de la calculabilidad del Derecho penal [19], o la evitación de decisiones en el caso concreto empañadas emocionalmente [20], o cuando se considera la "protección de la libertad individual frente a la arbitrariedad judicial" como misión de la prohibición de analogía o de indeterminación [21], todo ello no son sino manifestaciones de una misma concepción del objetivo de asegurar, mediante la

---

[18] Para más detalles Jescheck, AT [4], § 15 II 4.

[19] Schreiber, 1976, 214 ss.; Tiedemann, 1969, 190 ss.; BVerfGE 13, 271; 14, 297; 15, 324; 25, 285; 26, 42; 37, 207.

[20] Grünwald, ZStW 76 (1964), 14 ss.; tb. Jakobs, AT [2], 4/9 ss., ve el significado principal de la vinculación a la ley en la "garantía de la objetividad".

[21] Krey, 1977, 206 ss.; Lemmel, 1970, 156 s.

vinculación del poder del Estado a la ley abstracta, la libertad del ciudadano frente a las intromisiones de la autoridad.

2. Democracia y división de poderes

La segunda fundamentación, igualmente importante en cuanto a su alcance, radica en el principio de la democracia basada en la división de poderes [22]. La aplicación de la pena constituye una ingerencia tan dura en la libertad del ciudadano que la legitimación para determinar sus presupuestos sólo puede residir en la instancia que representa más directamente al pueblo como titular del poder del Estado: el Parlamento como representación electa del pueblo. Mediante la división de poderes, que se expresa en el principio de legalidad, se libera al juez de la función de creación del Derecho y se le reduce a la función de aplicar el Derecho, mientras que al ejecutivo se le excluye totalmente de la posibilidad de cooperar en la punición y de ese modo se impide cualquier abuso de poder del mismo en este campo. **20**

Indudablemente, la legitimación de las decisiones en materia jurídicopenal tomadas por el legislador sigue teniendo hoy una importancia fundamental tanto a efectos de teoría del Estado como de psicología social [23]. Sólo que no se puede tomar aisladamente esta línea de fundamentación, sino que hay que contemplarla siempre en conexión con la idea de la garantía de la libertad mediante la vinculación a la ley (nm. 19): por una parte, porque el principio de la división de poderes, desarrollado por primera vez por Montesquieu (1689-1755) en su célebre libro "Del espíritu de las leyes" [24], no es sino una consecuencia constructiva del principio liberal del dominio de la ley; y por otra parte, porque la democracia y la división de poderes podrían fundamentar por sí solas las otras tres prohibiciones, pero no la prohibición de retroactividad [25], ya que la retroactividad no afectaría para nada a la vinculación del juez a la ley ni a la preeminencia del legislativo; por consiguiente, su inadmisibilidad sólo se puede derivar de los puntos de vista expuestos en el nm. 19. **21**

3. Prevención general

Una tercera fundamentación del principio de legalidad es de naturaleza jurídicopenal y originariamente se basa en la "teoría de la coacción psicológica" de Feuerbach (al respecto § 3, nm. 22). Es cierto que, como pone de **22**

---

[22] Grünwald, ZStW 76 (1964), 13 s.; Schünemann, 1978, 9 ss.

[23] Cfr. Schünemann, 1978, 11: un fallo basado sólo en la autoridad del juez no lo aceptaría nunca el ciudadano.

[24] Para estudiantes fácilmente asequible en la edición de Weigand, Reclam-Heft n.º 8953.

[25] Así tb. sobre todo Schreiber, 1976, 219. Algo distinto Schünemann, 1978, 24: "evitación de excesos del legislador en el campo de la Justicia".

relieve la evolución histórica (nm. 13 s.), Feuerbach no es en absoluto el creador de dicho principio, desarrollado y muchas veces también codificado bastante antes de él, y cuya fundamentación jurídicopolítica también consideraba decisiva él mismo. Pero Feuerbach no sólo ideó la formulación, que sigue siendo usual aún hoy, *"nulla poena sine lege"* [26], sino que le añadió una fundamentación autónoma partiendo de la teoría de la pena, a saber: si el fin de la conminación penal consiste en la intimidación de potenciales delincuentes, la determinación psíquica que se pretende sólo se puede lograr si antes del hecho se fija en la ley del modo más exacto posible cuál es la acción prohibida; pues si falta una ley previa o ésta es poco clara, no se podrá producir el efecto intimidatorio, porque nadie sabrá si su conducta puede acarrear una pena o no.

23 Actualmente es frecuente considerar superada la teoría de la coacción psicológica (sobre la crítica a la misma cfr. § 3, nm. 25) y por tanto también la fundamentación del principio de legalidad derivada de ella. Pero con ello se desconoce que, si se complementa la idea de la intimidación con el "aspecto positivo" de la prevención general (al respecto § 3, nm. 26 s.), la fundamentación del principio *nullum crimen* desde la teoría de la pena resulta más actual que nunca [27]. En efecto, si la conminación e imposición de las penas también contribuye sustancialmente a estabilizar la fidelidad al Derecho de la población y en muchos casos a construir la predisposición a comportarse conforme a las normas, ello sólo es posible si hay una clara fijación legal de la conducta punible; pues si no la hubiera, el Derecho penal no podría conseguir el efecto de formación de las conciencias del que depende el respeto a sus preceptos.

4. El principio de culpabilidad

24 Otra fundamentación jurídicopenal se deriva del principio de culpabilidad (sobre el mismo § 3, nm. 46 ss.). Si la pena presupone culpabilidad, sólo se podrá hablar de culpabilidad si antes del hecho el autor sabía, o al menos hubiera tenido la oportunidad de averiguar, que su conducta estaba prohibida; pero ello presupone a su vez que la punibilidad estuviera determinada legalmente antes del hecho [28]. Esta fundamentación del principio de legalidad o

---

[26] P. J. A. v. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, [1]1801 ([14]1847), § 20. Hoy se formula mayoritariamente como: *nullum crimen, nulla poena sine lege,* distinguiendo entre conducta punible *(crimen)* y pena *(poena);* en cambio, Feuerbach agrupaba ambas cosas en el término *poena,* como también se hace actualmente con cierta frecuencia. Monografía: Bohnert, P. J. A. Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz, 1982.

[27] Perspectiva elaborada sobre todo por Schünemann, 1978, 11 ss.

[28] Sobre la fundamentación partiendo del principio de culpabilidad: Sax, 1959, 998 ss.; Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann, GG, art. 103 II, nm. 165; Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, 98.

de algunos de sus elementos tampoco es nueva en absoluto, sino que tiene una larga tradición histórica [29].

25 Actualmente, en la mayoría de los casos se le objeta a esta fundamentación que no concuerda por completo con la regulación legal de la culpabilidad [30]. En efecto, el § 17 sólo considera como presupuesto de la culpabilidad la posibilidad de conocer el **injusto,** no la **punibilidad** de una conducta; y por tanto el principio *nullum crimen,* al requerir la previa fijación de la **punibilidad,** va más lejos que las exigencias del principio de culpabilidad. Esto es indiscutible; pero por otra parte, también hay que tener en cuenta que la posibilidad de llegar a tener una conciencia del injusto referida al tipo, que presupone el § 17 para toda punición (al respecto cfr. § 21, nm. 12 ss.), en la práctica y por regla absolutamente general sólo se dará si el autor hubiera podido conocer el precepto penal [31]. En esa medida, por tanto, la idea de culpabilidad sí que se debe incluir entre los fundamentos del principio de legalidad. Lo único incorrecto es considerar el art. 103 II GG sólo o predominantemente como "especificación del principio jurídico penal de culpabilidad" [32].

V. Interpretación y prohibición de analogía [33]

1. Los límites de la interpretación en Derecho penal

a) El sentido literal posible en el lenguaje corriente como límite de la interpretación

26 La prohibición de analogía (nm. 8) plantea la tarea de tener que delimitar la interpretación fiel a la ley, que está permitida, de la analogía creadora de Derecho, que está prohibida. Los que idearon el principio de legalidad en la época de la Ilustración aún no habían visto ese problema, puesto que partían de la base de que el juez no tiene nada que "interpretar", sino que sólo tiene que "aplicar" el inequívoco tenor literal de la ley [34]. Es célebre el aforismo de Montesquieu [35], que afirma que los jueces no son sino la "boca" que pronuncia las palabras de la ley (sin añadidos propios): "les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi". Beccaria (1738-1794), el penalista seguramente más influyente de la Ilustración, derivaba de esa concepción del juez como un impersonal "autómata de la subsunción" la prohibición de interpre-

[29] Cfr. las referencias de Schreiber, 1976, 211.

[30] Grünwald, ZStW 76 (1964), 11 ss.; Schreiber, 1976, 209 ss.; Schünemann, 1978, 15.

[31] Consideraciones acertadas y dignas de tomar en consideración al respecto en LK[11]-Schroeder, § 17, nm. 6 s.

[32] Sax, 1959, 999, 1001.

[33] Desde el punto de vista histórico: Krey, 1983, 70 ss.

[34] Ampliamente sobre la posición del juez penal en los cambios de la historia Küper, 1967.

[35] Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, Libro 11, Cap. 6 (cfr. nm. 21, n. 24).

tación, tal y como Federico II había previsto inicialmente para el Derecho General del Territorio Prusiano [36], y como luego se introdujo efectivamente por primera vez en el Código Penal bávaro de 1813 (cfr. ya al respecto nm. 14) [37]. Dicho autor afirma [38]: "ni siquiera la facultad de interpretar la ley penal puede atribuirse a los jueces penales, por la sencilla razón de que éstos no son legisladores"; por tanto, en su opinión, el juez sólo tiene que "llevar a cabo un silogismo completo (= procedimiento de deducción lógica)", y no hay "nada más peligroso que ese extendido axioma que sostiene que hay que consultar el espíritu de la ley".

27 Actualmente hay un acuerdo unánime en el sentido de que esa concepción mecanicista del juez es impracticable. Todos los conceptos que emplea la ley (con la excepción de las cifras, fechas, medidas y similares) admiten en mayor o menor medida varios significados. Y ello sucede no sólo en los conceptos normativos, es decir que predominantemente son sólo asequibles a la comprensión intelectual, como v.gr. "injuria" (§ 185), sino también en los conceptos legales ampliamente descriptivos, es decir, que por su objeto son perceptibles sensorialmente, como el de "hombre (ser humano)" (§ 212): Así, la cuestión de si alguien sigue siendo un ser humano, o es ya un cadáver, cuando se ha extinguido su cerebro pero aún funciona el aparato circulatorio, o la de si al comenzar los dolores del parto, en un determinado momento alguien sigue siendo un feto o es ya un ser humano, es algo que no está exactamente prefigurado por el tenor literal de la ley. Por el contrario, el juez siempre tiene que elegir entre diversas posibilidades de significado, y esa actividad creadora que se realiza según determinadas reglas es lo que se denomina interpretación.

28 Por consiguiente, la verdad es que siempre sucede que el contenido de un precepto penal sólo es "determinado", en el sentido de una claridad excluyente de dudas, mediante la interpretación judicial. Y la pregunta es cómo se puede conciliar esto con el art. 103 II GG, según el cual la punibilidad ha de estar "determinada **legalmente"** antes del hecho. Pues bien, con razón la doc. dom. no extrae de ahí la consecuencia de que el principio de legalidad esté superado por el cambio en la forma de entender la aplicación judicial del Derecho (para más detalles al respecto nm. 31, 36 ss.), sino que parte de la base de que el legislador crea con el tenor literal de un precepto un marco de regulación que es rellenado y concretado por el juez [39]. A ese respecto el marco es delimitado

---

[36] Cfr. sobre ello Schreiber, 1976, 85 s.

[37] Un privilegio de publicación de 19-10-1813 prohibía que se comentara la ley y limitaba al juez a la utilización de las "anotaciones o comentarios oficiales" a la ley.

[38] En su obra, que sigue siendo importante actualmente, "Dei delitti e delle pene" (versión alemana: Über Verbrechen und Strafen), aquí cit. por la ed. de W. Alff, 1966, 55 s. (colección "insel", n.º 22).

[39] De modo detallado e instructivo sobre ello Krey, 1977, 113 ss. Sobre los límites del desarrollo judicial del Derecho, con múltiples ejemplos y coincidiendo en lo fundamental con la posición aquí mantenida, asimismo Krey, ZStW 101 (1989), 838.

por el sentido literal posible en el lenguaje corriente del texto de la ley, mientras que el juez efectúa dentro de ese marco la interpretación, considerando el significado literal más próximo, la concepción del legislador histórico y el contexto sistemático-legal, y según el fin de la ley (interpretación teleológica)[40]. Por lo demás, según el fin de la ley la interpretación puede ser tanto restrictiva como extensiva. Por el contrario, una aplicación del Derecho al margen del marco de la regulación legal *(praeter legem)*, o sea una interpretación que ya no esté cubierta por el sentido literal posible[40a] de un precepto penal, constituye una analogía fundamentadora de la pena y por tanto es inadmisible.

Ejemplos[40b]: 29

a) ¿Hay una lesión causada "por medio de un arma" (§ 223 a) si el autor arroja ácido clorhídrico a la cara de la víctima? Sí (BGHSt 1, 1; en contra la jurispr. del RG): pues, dado que el lenguaje corriente maneja el concepto de "arma química", el sentido literal no requiere restringir el concepto de arma a los instrumentos que operen mecánicamente. Asimismo, el fin de la ley de castigar más duramente los métodos lesivos especialmente peligrosos también aboga por incluir los medios químicos en el concepto de arma; aparte de que las lesiones por ácido clorhídrico pueden ser incluso mucho peores que p.ej. el golpe con un palo.

b) ¿Es aplicable el § 223 a si el autor golpea la cabeza de la víctima contra una pared? No (BGHSt 22, 235)[41]: pues, aunque según el fin de la ley podría parecer lógico aceptar que hay unas lesiones peligrosas, el tenor literal de la ley lo impide. "La percepción natural del lenguaje se rebela contra la pretensión de calificar como 'instrumento' a una pared fija, al suelo firme o a una roca" (sent. cit., 336). Por tanto habría una analogía prohibida si se quisiera castigar en tal caso por el § 223 a.

c) ¿Debe castigarse por el § 223 a al sujeto que en medio de las apreturas de una multitud le corta con una navaja de afeitar la trenza a la víctima, sin que ésta lo note? No: aunque es cierto que se cumple el tenor literal del precepto, que menciona expresamente el "cuchillo o navaja", sin embargo el tenor literal sólo suministra un marco para la interpretación teleológica; y el fin de la ley requiere que sólo se subsuman en el precepto las agresiones que puedan provocar lesiones considerables, lo que no sucede por cortar el cabello. Por lo tanto, una interpretación correcta ha de estar siempre cubierta por igual por el tenor literal y por el fin de la ley, y no basta con que sólo se cumpla uno de ambos criterios.

La vinculación de la interpretación al límite del tenor literal no es en 30
absoluto arbitraria, sino que se deriva de los fundamentos jurídicopolíticos y jurídicopenales del principio de legalidad (nm. 18-25). En efecto: el legislador sólo puede expresar con palabras sus prescripciones; y lo que no se desprenda de sus palabras, no está prescrito, no "rige". Por eso, una aplicación del Derecho penal que exceda del tenor literal vulnera la autolimi-

---

[40] Aquí no se van a discutir más en detalle los principios generales de la interpretación, ya que no se trata de una materia específica del Derecho penal; pero lo que sí se hace a continuación es aplicarlos mediante ejemplos al Derecho penal. Una buena introducción proporciona Engisch, 1972.

[40a] Precisando, Velten/Mertens, ARSP 1990, 516 (518), atienden al significado de la norma, "que resulta de la admisión de un correcto empleo del lenguaje".

[40b] Sobre la problemática que en principio plantea la prohibición de analogía en relación con la 1.ª alternativa del § 223 a [lesiones causadas con un arma "u otro instrumento peligroso"], detalladamente Heinrich, 1993, 445 ss., 487 ss., 491 ss.

[41] Sin embargo, el sector seguramente mayoritario de la doctrina mantiene la opinión contraria. Detalladamente al respecto y con ulteriores referencias Heinrich, 1993, 138 ss. (con su propia solución en loc. cit., 555 ss., 658, 660).

tación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimación democrática [41a]. Además el ciudadano sólo podrá incluir en sus reflexiones una interpretación de la ley que se desprenda de su tenor literal, de tal manera que pueda ajustar su conducta a la misma. Por ello, únicamente una interpretación dentro del marco del sentido literal posible puede asegurar el efecto preventivo de la ley y hacer que sea censurable la prohibición de interpretación.

31 Es cierto que incluso esta concepción se sigue alejando de la total vinculación a la ley, que tenían en mente los padres del principio de legalidad (nm. 26), por el hecho de que en la interpretación el juez, dentro del marco de regulación previamente fijado por el tenor literal, decide entre diversas posibilidades interpretativas. Pero, en primer lugar, ello radica en la propia naturaleza de las cosas y no lo puede cambiar ninguna concepción teórica (nm. 27). Y en segundo lugar, el principio de vinculación del juez a la ley ya se satisface teniendo en cuenta que el juez no es libre en la interpretación, sino que está vinculado a las decisiones valorativas legales, que por encargo de la ley él se limita a concretar completando la norma en la interpretación [42]. Por tanto sería una interpretación incorrecta si p.ej. el juez subsumiera el corte de la trenza (nm. 29, ej. c) en el § 223 a fundamentándolo en que en su opinión debe castigarse de modo más duro cualquier utilización de cuchillos o navajas en conexión con lesiones; pues de ese modo estaría concediendo prioridad a sus propias concepciones políticojurídicas frente a los fines de la ley, cosa para la que no está legitimado.

32 Según estos puntos de vista se resuelve también para el Derecho penal la vieja polémica entre la teoría subjetiva de la interpretación, que atiende a la voluntad del legislador histórico, y la teoría objetiva, que considera decisivo el sentido objetivo de la ley, independiente de aquél y que en su caso puede irse modificando. La solución correcta está en el término medio: a la teoría objetiva hay que darle la razón en que no son decisivas las efectivas representaciones (que además a menudo no se pueden averiguar) de las personas y gremios que participaron en el proceso legislativo; así p.ej. hay que considerar como "armas" los medios químicos (nm. 29, ej. a), a pesar de que esto no se le había ocurrido a nadie en el momento de creación de la ley. Pero por otra parte hay que dar la razón a la teoría subjetiva en que el juez está vinculado a la decisión valorativa políticojurídica del legislador histórico [43]. La hipótesis de que existe un "sentido objetivo" de la ley, independiente de aquella decisión, desde el punto de vista lógico no es comprobable; y lo único que hace es enmascarar que dicho "sentido objetivo", desligado de los objetivos originarios

---

[41a] Así tb. Neuner, 1992, 134 ss. (138).
[42] En este sentido, detalladamente Krey, 1977, *passim*.
[43] Así sobre todo Krey, 1977, 173 ss., 182 ss.

de la ley, realmente consiste en finalidades subjetivas del juez, que suponen despreciar el principio de legalidad (cfr. el ejemplo del nm. 31 *in fine*).

b) La jurisprudencia

Pese a ciertas oscilaciones en cuestiones concretas, la jurispr. comparte **33**
predominantemente el punto de vista aquí mantenido. Son célebres las sentencias del RG [44] que rechazaron que se pudiera castigar como hurto (§ 242) la sustracción ilegítima de energía eléctrica, porque la energía no se puede calificar como cosa (corporal); lo que dio lugar a que (en el año 1900) se introdujera la tipificación penal de la sustracción de energía eléctrica (actual § 248 c). También el BGH se ha pronunciado claramente en múltiples ocasiones a favor de una interpretación teleológica dentro del marco del límite del tenor literal [45]: "Dentro de los límites de lo lingüísticamente posible... todo concepto debe interpretarse según el sentido y fin del precepto en cuya estructura se utiliza tal concepto" (BGHSt 3, 303). "No hay ley que se avenga a una rígida limitación de su aplicabilidad sólo a aquellos casos que coincidan con la situación de partida que tenía presente el legislador; pues la ley no es letra muerta, sino espíritu que evoluciona de modo vivo, y que quiere progresar con las circunstancias de la vida y seguir vigente adaptándose con sentido a las mismas, con tal de que ello no suponga la voladura de la forma en la que se ha plasmado" (BGHSt 10, 159 s.). La última parte de la frase describe el límite del tenor literal, mientras que en cierto modo se evita que la expresión, algo equívoca, del "espíritu que evoluciona de modo vivo" suponga una extensión excesiva de la teoría objetiva (nm. 31 *in fine*, 32) mediante la referencia que se hace a continuación al "sentido y fin de la ley". También son frecuentes las alusiones al sentido literal posible como límite de la interpretación. Además de la citada sentencia sobre el concepto de "instrumento" (BGHSt 22, 235; nm. 29, ej. b), es especialmente gráfica la sent. BGHSt 23, 3, en la que se trataba de la cuestión de si el rapto de una mujer enferma mental contando con su voluntad natural, pero jurídicamente irrelevante, se puede considerar como rapto "contra su voluntad" en el sentido del actual § 237. Según la sentencia, la irrelevancia jurídica de la voluntad autoriza "sólo a sostener que falta la voluntad; pero ello aún no supone una voluntad contraria"; añadiendo que no es lícito "interpretar el elemento 'contra la voluntad' transformándolo en el elemento, de sentido diverso, 'sin consentimiento'". Y también para el BVerfG el sentido literal posible de la ley marca el límite máximo de la interpretación judicial admisible [46].

---

[44] RGSt 29, 111; 32, 165.
[45] Amplias referencias en Krey, 1977, 137 s.; y también en Krahl, 1986.
[46] Cfr. BVerfGE 47, 109; 64, 389; 71, 108; 73, 206; BVerfG NStZ 1990, 395.

34 Por otra parte, tampoco son escasos los supuestos en que la jurisprudencia se ha saltado expresa o tácitamente el límite del tenor literal. El caso en que ello sucedió más claramente fue en BGHSt 10, 375 s., en la que se equiparó el hurto cometido mediante un vehículo de motor al hurto "mediante un vehículo uncido o de tiro", previsto en la Ley prusiana de hurto forestal. Cuando en la misma se afirma que "según el mero tenor literal ciertamente un vehículo de motor... no encaja en el precepto, pero sí según su sentido", esta afirmación como tal es correcta; pero con ella no se está describiendo interpretación alguna, sino una analogía, prohibida en Derecho penal [47]. De modo similar, era equivocada la jurispr. sobre el § 142 v. a. (BGHSt 14, 217 s.; 18, 118 ss.), que interpretaba de un modo idiomáticamente imposible como "fuga" el hecho de no regresar al lugar del accidente causado sin dolo, de modo permitido o no culpable; la jurispr. tendría que haber esperado al cambio de formulación legal del precepto que luego se produjo (13.ª StrÄG de 13-6-1975) incluyendo esos supuestos en su tenor literal, y no podía anticiparse al mismo. También es insostenible la postura de BGHSt 23, 239 s., cuando califica la unión de sólo dos personas como "banda" en el sentido del § 244 I, n.º 3; pues el comentario del tribunal diciendo que el "sentido literal" no obliga a efectuar una interpretación distinta, acepta teóricamente el límite del tenor literal, pero lo rebasa en la práctica. Lo mismo ocurre cuando BGHSt 26, 95, considera posible una "interpretación literal" según la cual también habrá un ladrón que es "sorprendido" *in fraganti* por la víctima del hurto, conforme prevé el § 252, en caso de que el autor derribe a golpes a la víctima, sin que ésta hubiera notado antes su presencia [48]. También es sorprendente la postura de BGHSt 2, 151, que ante un suicidio decidido responsablemente por el sujeto declara que está "conceptual y lingüísticamente excluida" (!) la posibilidad de afirmar que se trata de un "supuesto de infortunio" en el sentido del § 323 c [omisión de socorro], mientras que en cambio la jurispr. posterior (por primera vez BGHSt 6, 147) deja de lado con facilidad esa objeción. Tampoco se puede aceptar la posición del BGH cuando en una jurispr. constante (desde BGHSt 27, 45; últimamente NStZ 1990, 539) considera que ya hay una "transmisión" en el sentido del § 259 [transmitir o dar salida a bienes de origen ilícito en la receptación] en cualquier actividad sólo preparatoria de la transmisión. La fundamentación consistente en que un tipo como el § 259, que solamente ha experimentado una nueva redacción y que el legislador no ha querido modificar respecto de la actividad de transmisión, se puede interpretar "no tanto

---

[47] Lo mismo sucede cuando en BGHSt 6, 396, se dice: "... la interpretación de la disposición no está limitada por el tenor literal, sino que todo depende del sentido y fin que ha perseguido... el legislador".

[48] Igual que aquí, entre otros, SK [3]-Samson, § 252, nm. 5; R. Schmitt, Jescheck-FS, 1985, 233; Krey, BT/2 [9], nm. 211; idem, ZStW 101 (1989), 849. Por lo demás, la sentencia ha sido discutida en la doctrina; e incluso en BGHSt 28, 227, se pone en duda que sea correcta.

según el tenor literal", que además "no es vinculante" aquí (BGHSt 27, 50), sólo sirve para encubrir insuficientemente que se está rebasando el límite del tenor literal, que también se reconoce en principio en este caso.

Frente a esto, algunas recientes sentencias vuelven a poner de manifiesto 35 una laudable vuelta al respeto del principio de legalidad. Así reconoce ahora BGHSt 28, 147 ss. (hasta cierto punto en contradicción con BGHSt 23, 239 s.), que la conjunción de dos personas no es una "asociación" en el sentido del § 129, apelando para ello a una "interpretación tanto según el uso del lenguaje como según el sentido y fin de la ley", y a la tesis de que "ha de evitarse una excesiva extensión judicial de los tipos penales" (loc. cit., 148). Asimismo, BGHSt 29, 129, mantiene la concepción de que el mero hecho de pegar carteles en sitios no autorizados no es aún constitutivo de daños (§ 303), en contra de la opinión predominante hasta entonces en doctrina y jurispr., y la basa en la prohibición de analogía (loc. cit., 133): "De ese modo la interpretación del § 303 StGB se apartaría de modo inadmisible del sentido literal del elemento 'dañar' y además pasaría por alto que la ley distingue entre el deslucimiento (§ 134 StGB) y el daño de una cosa (§ 303 StGB)". Y BGHSt 34, 171, objeta en contra de la subsunción de la puesta en marcha de una cadena de cartas en la figura de los juegos de azar ilícitos, que en ese caso falta la apuesta conceptualmente típica del juego de azar; y añade que de ahí se sigue que: "una interpretación así haría que el concepto de juego de azar de ese precepto fuera tan impreciso que el § 284 StGB sería incompatible con el mandato de precisión o determinación que se deriva del art. 103 II GG" (loc. cit., 178). Frente a la jurispr. del RG, BGHSt 37, 226, ha resuelto en el sentido de que el pago de una pena de multa efectuado por un tercero no encaja en el tipo de la frustración de la ejecución de una pena (§ 258 II) [modalidad de favorecimiento personal], invocando para ello el tenor literal de la ley: "nada hay en el tenor literal del § 258 II... que indique que frustra la ejecución de una pena de multa aquel que, sin interferirse en el proceso externo de ejecución, se cuida de que se pague la multa...". Por consiguiente, en definitiva se puede decir que algunos "patinazos" ocasionales no ponen en tela de juicio la disponibilidad que en principio tiene la jurisprudencia para respetar el límite de la interpretación.

c) Opiniones discrepantes en la doctrina

Frente a esto, en la doctrina penal hay autores de renombre que niegan 36 que el juez penal esté vinculado al tenor literal de la ley [49]. Pero ninguna de las razones que se alegan para considerar insostenible el límite del tenor literal es convincente. Así, un argumento manejado frecuentemente consiste en que

[49] Sax, 1953, 147 ss., 152 ss.; Arth. Kaufmann, 1965, 3-5, 31, 47; W. Hassemer, 1968, 162 ss., 165; Schmidhäuser, LB AT ^{2}, 5/42; Stratenwerth, AT ^{3}, nm. 98 ss.; Jakobs, AT ^{2}, 4/35 ss.

no existe ninguna diferencia lógica entre interpretación y analogía, porque toda interpretación consiste también en una comparación de la similitud. Y en efecto, esto es cierto: pues cuando p.ej. se interpreta el hecho de arrojar ácido clorhídrico a la víctima como agresión con un "arma" (nm. 29, ej. a), ello se basa en que los medios químicos, desde el punto de vista de la valoración legal, son equivalentes, similares a una pistola o un cuchillo; y en el caso de argumentación por analogía prohibida, como sucede en el caso de golpear la cabeza de la víctima contra una pared (nm. 29, ej. b), el procedimiento lógico no es distinto en absoluto. Pero esa igualdad del procedimiento de argumentación no nos impide distinguir entre su aplicación dentro y fuera (al margen) del límite del tenor literal, y considerar que el primer supuesto es lícito y que en cambio el segundo está prohibido en Derecho penal. El límite del tenor literal no caracteriza ninguna diferencia en la estructura lógica del proceso de aplicación del Derecho, sino que tiene su justificación en premisas jurídicopolíticas y penales independientes de esa estructura (nm. 30). Naturalmente que, en vez de hablar de interpretación y analogía, también se puede hablar de interpretación lícita e ilícita o de analogía permitida y prohibida; pero ésas son cuestiones puramente terminológicas, sobre las que no merece la pena discutir.

37 Una segunda objeción parte de la base de que, a la vista de la imprecisión del lenguaje y de su manipulabilidad jurídica, el tenor literal no permite ninguna delimitación aprovechable [50]. Pero esto es en todo caso falso si se recurre también al contexto para delimitar el sentido literal [51]. Es cierto que en la mayoría de los casos las palabras admiten varios significados e interpretaciones (nm. 27); pero en este contexto ello es irrelevante, porque **todas** las interpretaciones lingüísticamente posibles siguen encajando dentro del ámbito de la interpretación (nm. 27 s.). Pero no se puede afirmar en serio que los significados posibles de una palabra no tienen ningún límite, porque ello impediría toda posibilidad de entenderse mediante palabras. Y también es cierto que ese límite puede resultar dudoso en el caso concreto; pero la posibilidad conceptual de dudas, que existe en todas las distinciones jurídicas, no modifica en nada la legitimidad de una diferenciación. Por tanto sólo queda en pie la alusión a la manipulabilidad de los conceptos. Así, si p.ej. se pudiera decir que un automóvil es, "en el sentido jurídico del término", un "vehículo uncido o de tiro (animal)" (nm. 34, parte inicial), ciertamente dicho uso jurídico del lenguaje haría imposible delimitar interpretación de analogía. Pero esto se puede evitar, como hace la op. dom., limitando la interpretación al contenido

[50] Así p.ej. dice Jakobs, AT [2], 4/35, que "para todas las palabras de empleo no totalmente infrecuente, por regla general se puede ofrecer un arsenal tan amplio de significados en el lenguaje corriente que la formación de conceptos jurídicopenales no resulta limitada de modo apreciable".
[51] Fundamental al respecto Schünemann, 1978, 19 ss.

del significado en el lenguaje corriente, al uso del lenguaje de la vida normal [52]. Y ello ha de ser así, porque un uso esotérico del lenguaje no podría ser comprendido por el ciudadano sin formación previa, al que se dirige la ley penal [53], y necesariamente destruiría los fundamentos teleológicos del principio de legalidad (nm. 18-25, 30).

Los autores que rechazan el límite del tenor literal derivan de ello funda- 38
mentalmente dos consecuencias: o bien atienden al sentido y fin de la ley, a la *ratio legis* [54], y consideran como interpretación cualquier explicación que siga siendo compatible con ello, o bien rechazan por completo la distinción entre interpretación y analogía [54a]. Ambas teorías acaban llegando a la misma conclusión, a saber, que sólo está prohibida una "aplicación libre del Derecho" totalmente desvinculada de las finalidades legales [55]. Pero la verdad es que de ese modo el art. 103 II GG pierde toda significación, pues la aplicación (o creación) totalmente libre del Derecho también está vedada fuera de su ámbito de vigencia en otros campos del Derecho. En definitiva, la postura de ignorar un mandato constitucional que ello implica, es inaceptable.

---

[52] Al respecto AK-Hassemer, § 1, nm. 79, que destaca como ventaja decisiva del criterio del tenor literal su "exterioridad" frente a la interpretación de la ley, y añade que la posibilidad de verificar el significado de los términos con la ayuda de diccionarios y colecciones de sentencias le marca desde fuera un límite al aplicador del Derecho, del que él mismo no puede disponer. Sin embargo, Hassemer (loc. cit., nm. 95; idem, 1992, 71 ss., 89 s.) considera estructuralmente iguales interpretación y analogía, y niega que la prohibición de analogía garantice posiciones jurídicas de un modo fiable.

[53] Así lo destacan con razón Baumann/Weber, AT [9], § 13 I 3. Sin embargo, de ello también se sigue que no toda "jerga" regional o restringida a determinados grupos puede considerarse lenguaje corriente.

[54] Cfr. p.ej. Germann, [2]1967: "Por encima del tenor literal de la ley" está "'su sentido y fin'. Y ello rige incluso para el Derecho penal". También se pueden incluir aquí las posiciones de Arthur Kaufmann, 1965, 41, y Sax, 1959, 1003, 1008 ss., que convierten, respectivamente, el "tipo (clase) de injusto" y el "tipo (clase) de lesión del valor" en límite de la interpretación. Similar tb. Stratenwerth, AT [3], nm. 100, que se fija en la "idea básica" de la ley: "A este respecto el tenor literal de la ley constituye ciertamente el punto de partida, pero no un baremo rígido:... si resulta demasiado estrecho, puede ser rebasado, interpretado 'correctivamente'". Schmidhäuser, Martens-GS, 1987, 231 ss., califica como "utopía propia del Estado de Derecho... la precisión de la ley penal"; y aunque recomienda "no alejarse demasiado del tenor literal de la ley" (p. 245), por lo demás entiende que el cometido del juez es solamente "aplicar la ley lo más razonablemente posible, salvaguardando los valores del Estado de Derecho" (p. 244). Según Höpfel, JBl 1979, 575, la prohibición de analogía sólo "se vulnera por una actuación judicial en perjuicio del inculpado que no concrete directamente y con la debida racionalidad una conminación penal legal". Cfr. tb. la crítica de Suppert, 1973, 77 ss. Schick, R. Walter-FS, 1991, 625 (641), sostiene que la analogía y la interpretación excesivamente extensiva están permitidas incluso en perjuicio del reo, con tal de que no se vulneren las valoraciones básicas políticocriminales.

[54a] Yi, 1992, 265 ss., sólo admite por ello que haya analogía prohibida cuando ya no sea posible una fundamentación de la interpretación; sin embargo el juez ha de decidir *"in dubio pro libertate"* (loc. cit., 300).

[55] Para más detalles Krey, 1977, 49 ss.

39 Jakobs [56] admite que se sobrepase el límite del tenor literal si se dan cuatro requisitos: (1) continuidad de la evolución conceptual, (2) arbitrariedad en la valoración que de lo contrario existiría, (3) igual (en rango) necesidad de regulación, y (4) aptitud para solucionar el problema. Sirviéndose de esos criterios considera p.ej. lícito subsumir un "camión" en el concepto de "vehículo uncido o de tiro" (cfr. nm. 34). Pero entonces, ¿por qué no se iba a poder interpretar también, en el curso de una "evolución conceptual continua", la electricidad como "cosa" (nm. 33), y una pared como "instrumento peligroso" (nm. 29, ej. b)? Ahora bien, si se admite esto, se habrá perdido todo efecto limitador. Por otra parte, cuando Jakobs, coincidiendo con RG JW 1933, 2911, interpreta que la "capacidad de concebir" encaja también en la "capacidad de procrear" en el sentido del § 224 [lesiones graves], es cierto que tiene razón; pero tal interpretación sigue estando cubierta por el uso del lenguaje, donde se habla de los dos padres como los "progenitores" del hijo.

2. El ámbito de vigencia de la prohibición de analogía

a) Su vigencia en la Parte especial y en las conminaciones de pena

40 La prohibición de analogía comprende en primer lugar los tipos penales de la **Parte especial** y las **conminaciones de pena** o penas abstractas previstas (al respecto nm. 4), aunque éstas se encuentren excepcionalmente en la Parte general; así sería inadmisible, por supuesto, aplicar por analogía la pena prevista para la tentativa de inducción al delito (§ 30 I) a la complicidad intentada, que no está penada. Aparte de ello, tal prohibición rige también respecto de las **leyes penales en blanco** [56a]. Estas consisten en conminaciones penales (que se encuentran sobre todo en el Derecho penal accesorio o especial) que remiten a otros preceptos en cuanto a los presupuestos de la punibilidad; y en ellas rige también la prohibición de analogía respecto de la regulación complementadora, que constituye el tipo propiamente dicho. En cambio, en los casos en que el Derecho penal se adhiere a los conceptos formados en otros campos del Derecho —p.ej., las cosas "ajenas" en los §§ 242 ss., 246, 249 ss. o 303 son cosas que se encuentran bajo la "propiedad" de otro—, se comporta de modo totalmente accesorio; y por tanto protegerá también v.gr. la propiedad de garantía, desarrollada *praeter legem*. En el campo de las **consecuencias jurídicas** también hay que afirmar la aplicabilidad de la prohibición de analogía a las cargas (§ 56 b) y reglas de conducta (§§ 56 c y d) [57], porque el carácter oneroso de la condena condicional reside principalmente en esas consecuencias. Además el BGH aplica también la prohibición de ana-

[56] Jakobs, AT², 4/41.
[56a] Al respecto Laaths, 1991.
[57] Según la doc. dom., la prohibición de analogía no afecta a las reglas de conducta, porque las mismas sirven exclusivamente para fines preventivoespeciales; cfr. Krey, 1977, 221, con ulteriores referencias. Pero las penas preventivoespeciales ¡también son penas!

logía, "por razones del Estado de Derecho", a las **consecuencias accesorias sin carácter penal** (BGHSt 18, 140). Respecto de las **medidas de seguridad** es cierto que no rige directamente, porque en las mismas no tiene que haber en absoluto "punibilidad"; pero en este caso, la reserva de ley válida con carácter general en el Derecho público prohíbe una analogía en contra del reo [58].

b) Su vigencia en la Parte general

No está muy clara la cuestión de hasta qué punto la prohibición de analogía rige en la **Parte general** del Código Penal al margen de las regulaciones de las consecuencias jurídicas propiamente dichas. En todo caso es aplicable en los casos en que la Parte general contiene preceptos que amplían la punibilidad más allá de los tipos de la Parte especial, es decir, en la tentativa, coautoría y participación. Así, cuando p.ej. el legislador requiere para la participación un hecho principal doloso (§§ 26, 27), no es admisible, frente a lo que mantiene una extendida opinión, hacer una aplicación analógica de esos preceptos y castigar "como" un partícipe a quien se imagine erróneamente el dolo del autor. Asimismo está prohibido restringir las causas de exculpación o las de exclusión y supresión de la punibilidad más allá de los límites de su tenor literal, o extender, haciendo lo propio, las condiciones objetivas de punibilidad (cfr., para una ojeada de conjunto sobre esos conceptos, § 7, nm. 7 s.); pues de ese modo simultáneamente se está ampliando más allá del actual tenor literal de la ley la punibilidad de quien se ampara en la concurrencia o, respectivamente, no concurrencia de sus circunstancias [59]. 41

En cambio, la situación es distinta en las **causas de justificación** [60]. En efecto, las mismas no son una materia específica del Derecho penal, sino que proceden de todos los campos del Derecho (para más detalles § 7, nm. 6); y en consecuencia, en esos campos también son objeto de ulterior ampliación por la vía del desarrollo judicial del Derecho, y a menudo son restringidas con independencia de su tenor literal externo, conforme a los principios ordenadores legales en que se basan. Por eso el Derecho penal ha de seguir esta orientación en aras de la unidad del ordenamiento jurídico: pues no es posible que una misma causa de justificación tenga presupuestos diferentes en un sitio y en otro, con la consecuencia de que una conducta que p.ej. en Derecho civil se considere como un injusto generador de la obligación de indemnizar, en cambio en Derecho penal se califique de lícita y obtenga la aprobación de todo el ordenamiento jurídico. Y también es necesario prescindir del límite 42

[58] Para más detalles Krey, 1977, 218 ss.

[59] Así tb. p.ej. Jescheck, AT[4], § 15 III 2 c; Krey, 1977, 236; Maurach/Zipf, AT/1 [8], 10/21; Sch/Sch/Eser [24], § 1, nm. 27; LK [11]-Gribbohm, § 1, nm. 38.

[60] Para una exposición del estado actualmente poco claro del problema, Krey, 1977, 233 ss.

del tenor literal en las causas de justificación que, como sucede en la legítima defensa (§ 32) o en el estado de necesidad justificante (§ 34), están reguladas en el propio Código Penal [61], ya que las mismas no son válidas sólo para el Código Penal, sino para todos los sectores jurídicos. Por tanto, en la interpretación de las causas de justificación también el juez penal está vinculado sólo por el fin de la ley (los principios reguladores legales), aunque naturalmente en las mismas tampoco puede tener lugar una "aplicación o creación libre del Derecho" [62].

c) ¿Prohibición de analogía en el Derecho procesal?

43 En Derecho procesal en principio no rige la prohibición de analogía en contra del reo (RGSt 53, 226). Sin embargo, en las condiciones (o presupuestos) de procedibilidad, que frecuentemente están muy próximas a las condiciones objetivas de punibilidad o a las causas de exclusión de la punibilidad del Derecho material [63], hay que examinar en el caso concreto si hay que aplicar análogamente la prohibición de analogía por razones propias del Estado de Derecho. Así no cabe castigar unas injurias sin que haya querella (§ 194), aduciendo que el elemento del especial interés público, que en las lesiones autoriza a proceder al margen de la querella (§ 232), se puede aplicar aquí correlativamente (BGHSt 7, 256).

d) La analogía favorable al reo

44 En cambio, la analogía favorable al reo es también lícita sin la menor restricción en Derecho penal [64]. Así p.ej. se puede aplicar por analogía el § 31 (eximente de desistimiento de los actos preparatorios del delito) a los tipos de la Parte especial que configuran actos preparatorios como delitos autónomos, pero que no contienen ninguna disposición sobre el desistimiento (v.gr. el § 234 a III: BGHSt 6, 85, 87 [65]).

---

[61] En contra Kratzsch, GA 1971, 72; idem, JuS 1975, 437 s. Igualmente Runte critica esta posición como disolución de garantías del Estado de Derecho. También Hirsch, Tjong-GS, 1985, 50 ss., rechaza que en las causas de justificación reguladas por la ley penal se pueda castigar más allá del límite del tenor literal. Según Hirsch, si en algún caso sucede que conforme a los "principios generales de metodología jurídica" resulta adecuada una restricción que rebase el sentido literal posible, el sujeto que vaya más allá de la restricción infringirá el ordenamiento jurídico y se le podrá exigir responsabilidad civil por ello; pero, en cambio, a efectos jurídicopenales hay que proceder "como si la conducta estuviera justificada" (p. 61). Sin embargo, en su opinión la prohibición de analogía no rige para las causas de justificación reguladas fuera de la ley penal o de Derecho consuetudinario (p. 63). Contra tal diferenciación hay que decir que es algo casual el que una causa de justificación esté regulada aquí o allá, o que no lo esté en absoluto, por lo que no se debe deducir de ese hecho casual ninguna diferencia jurídica.

[62] Así ya, en cuanto al resultado —aunque con una perspectiva algo diferente en la fundamentación— mi ensayo "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, [2]1973, 31 s. [= Política criminal y sistema del DP, trad. e introd. de F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1972, 63 ss.; N. del T.]. Asimismo (con una fundamentación que yo mismo he seguido ampliamente en el texto) Krey, 1977, 233-236. La doc. dom. todavía sigue sin ser apenas consciente de la posición especial de las causas de justificación.

[63] Cfr. Roxin, Strafverfahrensrecht, [23]1993, § 1, nm. 13, § 21, nm. 22. Para más detalles sobre la delimitación ver *infra* § 23, nm. 40 ss. Desde el punto de vista histórico-dogmático Pföhler, 1988.

[64] Cfr. la recopilación de ejemplos efectuada en LK [10]-Tröndle, § 1, nm. 39.

[65] Cfr. LK [11]-Roxin, § 31, nm. 2.

VI. La prohibición de Derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena [66]

Del tenor literal y del sentido del principio de legalidad se sigue necesariamente que en Derecho penal está prohibida la aplicación del Derecho consuetudinario en perjuicio del reo (nm. 9, 19 ss.). Efectivamente, nadie discute que en la Parte especial no se pueden crear nuevos tipos, ni penas típicas ni posibilidades de perseguibilidad mediante Derecho consuetudinario: Así, el uso ilegítimo de cosas ajenas *(furtum usus)*, que sólo se castiga legalmente en casos excepcionales (§ 248 b), no se puede convertir en punible con carácter general mediante Derecho consuetudinario; la tentativa de lesiones simples (§ 223), cuya impunidad es frecuentemente criticada, tampoco se podría transformar en punible mediante la correspondiente praxis judicial; como tampoco podría obtener nunca una legitimación jurídicoconsuetudinaria el rebasar el límite máximo de un marco penal que se considere demasiado leve; y tampoco se podría suprimir por Derecho consuetudinario la exigencia de querella para algún delito, porque en ese caso, si no hubiera habido querella, se produciría un castigo que no ha sido querido por la ley [67]. **45**

Frente a esto, en la doctrina está bastante extendida la opinión de que en la Parte general existe "en amplia medida Derecho consuetudinario a efectos de fundamentar y de agravar la pena" [68]. Desde luego hay que excluir de entrada que esto pueda suceder en las normas penales equivalentes a los tipos; así p.ej. la complicidad intentada, que es impune (cfr. § 30), no se puede convertir en punible por Derecho consuetudinario. Pero a los presupuestos generales de la punibilidad que no están regulados expresamente en la ley, mayoritariamente se les atribuye una validez de Derecho consuetudinario, y también aunque vayan en perjuicio del autor. Así se sostiene que, entre otras, las teorías sobre la relación causal, sobre la delimitación entre acto preparatorio y tentativa, sobre dolo, imprudencia y error, o sobre consentimiento, delitos omisivos y autoría mediata, tienen rango de Derecho consuetudinario en la medida en que la ley no efectúe una regulación expresa al respecto [69]. **46**

Esta posición debe rechazarse. Lo único que es cierto es que a menudo el legislador ha dejado abiertos amplios campos de las teorías generales del Derecho penal y los ha encomendado a la decisión de la jurispr.; en parte, por las dificultades que en muchos casos se oponen a una codificación de tales materias, y en parte por los loables deseos de no bloquear la evolución cien- **47**

---

[66] Desde el punto de vista histórico: Krey, 1983, 35 ss.

[67] En el supuesto de la querella se trata, como en nm. 43, de una aplicación analógica del art. 103 II GG.

[68] LK [10]-Tröndle, § 1, nm. 26.

[69] Cfr. p.ej. LK [10]-Tröndle, § 1, nm. 27; Maurach/Zipf, AT/1 [8], 8/41; Schmitt, Jescheck-FS, 1985, 224 ss.

tífica mediante la fijación escrita de un estadio del conocimiento que después va a quedar superado. Pero lo que los tribunales deciden en esos campos y en otros similares, **siempre** y sólo es un resultado de la interpretación [70] y no tiene **nunca** —aunque haya una jurisprudencia constante— el carácter normativo vinculante del Derecho consuetudinario. A ese respecto ni siquiera es decisivo el hecho de que en una posición jurisprudencial sólo muy raramente se dará la convicción jurídica general que junto a la praxis constante es precisa para las construcciones de Derecho consuetudinario, puesto que en Derecho penal son discutidas casi todas las teorías generales, e incluso las conclusiones seguras casi nunca penetran en la conciencia popular. La razón por la que ya no puede generarse un Derecho consuetudinario para fundamentar la responsabilidad penal es porque lo prohíbe el art. 103 II GG.

48 Frente a esto no cabe contraargumentar [71]: "Esto suena bien, pero no autoriza a cerrar los ojos ante la realidad". Pues aunque es verdad que en la praxis algunos resultados de la interpretación se aplican "como si fueran leyes", lo cierto es que siempre se diferencian de ellas en que los tribunales no están vinculados a los mismos como a leyes, sino que en todo momento pueden discrepar de esos resultados y acoger una opinión mejor fundada. Así nada obstaría a que p.ej. en el campo de la causalidad, que se adjudica con especial frecuencia al Derecho consuetudinario, la jurisprudencia pasara de la teoría de la equivalencia, que constantemente aplica (§ 11, nm. 5 ss.), a la teoría de la adecuación (§ 11, nm. 31 ss.) o a otros puntos de vista de imputación (§ 11, nm. 43 ss., 59 ss., 85 ss.). Esto es algo que hay que tener siempre presente, porque sólo de ese modo puede la jurisprudencia seguir la evolución científica, en atención a la cual el legislador ha optado por una continencia codificadora, en vez de mantenerse rígidamente vinculada a un pretendido Derecho consuetudinario [72].

49 Ahora bien, hay pequeñas excepciones, que son correlativas a las existentes en la prohibición de analogía y que se pueden fundamentar como en la misma (nm. 40, 42). En los casos en que el Derecho penal asume conceptos procedentes de otros campos del Derecho, se produce junto con ello una recepción de tales excepciones. Así, si la institución jurídicocivil de la propiedad o (antes de su fijación en la BJagdG) el concepto jurídicopúblico de "animal de caza" sufren ampliaciones por Derecho consuetudinario, simultáneamente se amplían los tipos del hurto (§ 242) y de la caza furtiva (§ 292) [73]. Y del mismo modo, las restricciones de Derecho consuetudinario a las causas de justifica-

[70] En este sentido tb. Jescheck, AT [4], § 12 IV 2; Jakobs, AT [2], 4/46.
[71] Maunz/Dürig - Dürig (estado 1960), GG, art. 103 II, nm. 112.
[72] Tb. expresan sus reparos frente a la tesis de que las teorías generales del Derecho penal son Derecho consuetudinario, sobre todo SK [5]-Rudolphi, § 1, nm. 21, y, de modo algo menos decidido, Stratenwerth, AT [3], nm. 92 ss.
[73] Cfr. sobre ello tb. LK [10]-Tröndle, § 1, nm. 25, así como LK [11]-Gribbohm, § 1, nm. 71.

ción pueden operar en el ámbito de la restricción fundamentando la responsabilidad penal.

En cambio, a efectos de atenuar y eximir de responsabilidad penal el Derecho consuetudinario es admisible sin restricciones, exactamente igual que la analogía favorable al reo (nm. 44). No obstante, los resultados de la interpretación de la jurispr., aunque sean favorables para el reo, sólo raramente constituyen Derecho consuetudinario —por las razones indicadas en nm. 47—, por lo que sigue siendo posible una modificación de la jurispr. en sentido más estricto. Pero de todos modos, en casos concretos se puede constatar la existencia de Derecho consuetudinario con efecto eximente. Así, al menos antiguamente se podía reconocer el derecho de corrección del maestro como causa de justificación jurídicoconsuetudinaria (para más detalles al respecto § 17, nm. 38 ss.), y también el "estado de necesidad supralegal" creado por la jurispr. (al respecto § 16, nm. 4 ss.), antes de ser codificado como § 34 en la nueva Parte general, había adquirido fuerza justificante por Derecho consuetudinario, por lo que la jurispr. de la postguerra no hubiera podido dar un giro absoluto y abandonar esa posición. Además, no se puede excluir la posibilidad de que una "usanza" regional firmemente asentada pueda producir una causa de justificación jurídicoconsuetudinaria [73a]. Y también ocurre a veces (¡aunque infrecuentemente!) que caiga en el olvido un precepto penal (casi siempre del Derecho penal especial o del de un Land) y que por su permanente inaplicación finalmente sea derogado (= deje de estar en vigor) por Derecho consuetudinario. 50

VII. La prohibición de retroactividad y la vigencia temporal de las leyes penales [74]

1. La fundamentación de la prohibición de retroactividad

La prohibición de retroactividad se deriva del art. 103 II GG [74a], del § 1 y, en cuanto a la pena, también del § 2 I (sobre las cuestiones básicas ya nm. 4-6, 10). Es más que difícil fundamentarla en el principio de la división de poderes (nm. 21, pero tb. n. 25), pero sí que se deriva forzosamente de las otras tres raíces del principio de legalidad dentro de los límites anteriormente (nm. 19 ss.) indicados y, a diferencia de la prohibición de analogía, no está expuesta a ninguna duda fundamental en cuanto a su aplicación. La prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad políticojurídica por el hecho que que todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar *a posteriori* las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables. Pues bien, impedir que se produzcan tales leyes *ad hoc*, hechas a la medida del caso concreto y que en su mayoría son también inadecuadas en su contenido como consecuencia de las emociones del momento, es una exigencia irrenunciable del Estado de Derecho [75]. 51

[73a] Esta materia algo escurridiza ha sido poco investigada. Aboga por la apreciación de un error de prohibición invencible Lorenz, MDR 1992, 630.

[74] Desde el punto de vista histórico: Krey, 1983, 48 ss.

[74a] Cfr. al respecto Dannecker, 1992, 249 ss.

[75] Cfr. al respecto especialmente Grünwald, ZStW 76 (1964), 17.

2. La ley vigente en el momento del hecho

52 La "ley que está vigente en el momento del hecho" (§ 2 I), ha de haber entrado en vigor ya en ese momento (al respecto art. 82 II GG) y no puede haber dejado —sea por derogación, por transcurso de un plazo temporal, por Derecho consuetudinario en contra o por falta de objeto— de estar en vigor. El "momento del hecho", según disposición legal expresa (§ 8), es el momento "en el que ha actuado el autor o el partícipe, o, en el caso de omisión, en el que tendría que haber actuado. No es decisivo cuándo se produzca el resultado". En el caso de los delitos permanentes (sobre ellos § 10, nm. 105) puede ocurrir que se modifique la ley durante el tiempo de su comisión, p.ej. que se agrave la pena para determinadas formas de detención ilegal durante el transcurso de una detención prolongada; en tal caso "se aplicará la ley que esté vigente en el momento de terminación del hecho" (§ 2 II). En cambio, no infringirá la prohibición de retroactividad la imposición de una pena o de una multa administrativa cuando el hecho, en un período transitorio entre su comisión y la resolución, hubiera dejado de estar sancionado con pena o con multa administrativa (BVerfG NStZ 1990, 238).

52a El § 2 III [aplicación retroactiva de una ley más benigna posterior al hecho] constituye el fundamento de que se pueda aplicar el Derecho penal de la República Federal de Alemania a algunos "hechos antiguos" [75a] cometidos en la antigua República Democrática Alemana antes de la unificación. En efecto, según el art. 315 I-III EGStGB, debe aplicarse el § 2 a los delitos cometidos en la antigua RDA antes de la entrada en vigor de la unificación, por lo que, de acuerdo con el § 2 I, en primera línea es el Derecho del lugar del hecho de la antigua RDA el que decide sobre la punibilidad. Sólo si el StGB ahora vigente en toda Alemania es la ley más favorable en comparación con ese Derecho del lugar del hecho, se podrá recurrir al mismo en virtud del § 2 III para enjuiciar la responsabilidad penal [75b]. En cambio, tales hechos no se podían enjuiciar ya antes de la reunificación por el Derecho federal alemán basándose p.ej. en el § 7 I [75c] [aplicación de la ley penal alemana a hechos cometidos en el extranjero contra alemanes].

52b La regulación del § 2 I y III es también decisiva respecto de la punibilidad del uso de armas de fuego en la anterior frontera interalemana [75d]. Según la concepción dominante y puesta en práctica en la antigua RDA, ese uso de las armas de fuego, si se daban determinados presupuestos, estaba justificado conforme al § 27 II de la Ley de Fronteras de la RDA incluso en caso de

---

[75a] Cfr. al respecto, de la literatura de Comentarios, p.ej., LK [11]-Gribbohm, § 2, nm. 60 ss.; Lackner [20], § 2, nm. 11 ss., con ulteriores referencias de la doctrina, que entretanto ha llegado a ser inabarcable; tb. instructivo Lüderssen, ZStW 104 (1992), 735.

[75b] Jurispr. constante: BGHSt 37, 320; 38, 3; 38, 18; 38, 88; 39, 6.

[75c] BGHSt 39, 7 s., con ulteriores citas. Cfr. tb. Samson, NJW 1991, 335 ss.

[75d] BGHSt 39, 1; 39, 168.

homicidio doloso. Si se aceptara esto, conforme al § 2 I quedarían impunes los denominados "tiradores (guardianes) del muro". Sin embargo, tras la reunificación los tribunales han declarado nulo el § 27 II de la Ley de Fronteras por vulnerar el Derecho suprapositivo, o bien han efectuado una interpretación del mismo acorde con los derechos humanos en el sentido de que ese precepto no autorizaba el uso de las armas de fuego en los casos sometidos a enjuiciamiento [75e]. Partiendo de esta tesis, conforme al Derecho de la RDA se llega también al resultado de considerar punibles tales homicidios (y entonces el § 213 puede operar como ley más benigna conforme al § 2 III en la determinación de la pena). Por lo demás, desde esa perspectiva la problemática se reduce al error de prohibición que en la mayoría de los casos habrá sufrido el "tirador (guardián) del muro" (cfr. § 21, nm. 64a). Frente a esto, una corriente doctrinal [75f] sostiene que la falta de persecución penal de los "tiradores del muro" en los tiempos de la RDA se basó en la impunidad fáctica de su conducta, por lo que, tomando como base el Derecho de la RDA, se produce la impunidad. Sin embargo, ni aquí ni en otras materias se protege la confianza en el manejo de una ley en la praxis (cfr. *infra* nm. 59).

3. La prohibición de retroactividad en cuanto a los presupuestos de la punibilidad y su no vigencia en principio en las medidas de seguridad

La prohibición de retroactividad rige respecto de todos los presupuestos de 53
la punibilidad del Derecho material; y tampoco es admisible una supresión o restricción retroactiva de las causas de justificación (sobre la situación algo distinta en cuanto a las restricciones jurisprudenciales por analogía o Derecho consuetudinario cfr. nm. 42, 49). Además rige también respecto de la pena y sus consecuencias accesorias; la ley menciona específicamente su aplicabilidad a la confiscación, el comiso y la inutilización (§ 2 V). En cambio, el § 2 VI dispone que las medidas de seguridad se pueden introducir o endurecer retroactivamente "si la ley no dispone otra cosa". En consecuencia, dado que los arts. 303 y 305 de la EGStGB 1974 excluyen la retroactividad respecto de la vigilancia de la conducta (§ 68) y de la inhabilitación profesional (§ 70), en la situación legal actual sólo están sujetos a la posibilidad de agravación retroactiva los preceptos sobre internamiento en centro psiquiátrico (§ 63), internamiento en centro de deshabituación (§ 64) y privación del permiso de conducir (§ 69); aparte de ello, el legislador puede crear nuevas medidas de seguridad con efecto retroactivo.

[75e] BGHSt 39, 15 ss., y 39, 183 ("vulneración palmaria e intolerable de elementales exigencias de justicia y de los derechos humanos"); cfr. tb. al respecto Herrmann, NStZ 1993, 118.

[75f] Enérgicamente en ese sentido Jakobs, 1992, 37, 51 ss.; idem, GA 1994, 1; críticamente frente a esa posición Lüderssen, ZStW 104 (1992), 735, 742 ss. Aquí no es posible citar toda la bibliografía existente, que aumenta constantemente y actualmente ha llegado a ser inabarcable.

54 La regulación del § 2 VI es materialmente equivocada [76]. Sólo tendría una justificación interna si el principio de legalidad se basara únicamente en el principio de culpabilidad; pues en tal caso la reconocibilidad de la prohibición antes de la comisión del hecho, que es presupuesto de la culpabilidad, consecuentemente no sería necesaria en las medidas de seguridad, que son independientes de la culpabilidad. Sin embargo, el principio de legalidad tiene un alcance mucho más amplio (nm. 18 ss.), ya que debe proteger al individuo frente a sanciones que no fueran previsibles antes de la comisión del hecho. Y entre ellas se cuentan también las medidas de seguridad, que pueden restringir la libertad del condenado de modo más duro que las penas (porque también están sustraídas al efecto limitador de la intervención propio del principio de culpabilidad). Y dada la finalidad igualmente preventiva de la pena y la medida (§ 3, nm. 56), ese diferente trato es también políticocriminalmente injustificado; es totalmente incongruente que el legislador pueda hacer que una intromisión penal retroactiva, que estaría prohibida, resulte admisible transformándola, con un cambio de etiqueta, en una medida de seguridad. No obstante, que la regulación resulte inconstitucional precisamente por eso [77], es algo que resulta dudoso, porque no hay datos que apoyen la conclusión de que el legislador constitucional, al que le era perfectamente conocida la distinción entre penas y medidas, hubiera querido desligar el principio de legalidad de su limitación histórica a la pena [78]. En contra de esto cabe aducir tanto el tenor literal como el hecho de que la formulación actual enlaza con el art. 116 WRV, en cuya época aún no existían las medidas de seguridad. Pero ello no debería ser obstáculo para que el legislador colmara esa "laguna en el Estado de Derecho" extendiendo de modo general el principio de legalidad a las medidas, siguiendo el modelo del § 1 II PA y del § 1 I del StGB austríaco de 1975.

4. Prohibición de retroactividad y Derecho procesal

55 En el Derecho procesal en principio no rige la prohibición de retroactividad [79]. "La prohibición de leyes penales retroactivas sólo rige respecto del Derecho material" (BGHSt 20, 27). "Es obvio que, desde su entrada en vigor, los nuevos preceptos del Derecho procesal rigen también respecto de los procedimientos ya en curso" (BGHSt 26, 289; materialmente tb. BGHSt 26, 231). Esta jurispr., que tb. ha sido confirmada por el BVerfG (BVerfGE 24, 33, 55; 25, 269), debe considerarse correcta en cuanto a las normas relativas al transcurso del proceso (p.ej. a la exclusión del defensor conforme al § 138 a StPO, o a la exclusión del acusado conforme al § 231 a StPO) [80], puesto que, conforme a su tenor literal y a su historia, el principio de legalidad se ciñe a las acciones punibles y a las sanciones que deben imponérseles, y no protege la confianza en que haya lagunas en el ordenamiento procesal.

56 En cambio, la situación es algo distinta en el caso de condiciones o presupuestos de procedibilidad (como p.ej. el requisito de querella) o de impedimentos de procedibilidad (como la prescripción), que afectan a la admisibilidad del conjunto del proceso (cfr. ya nm. 43, 45). Estos supuestos se sitúan en la frontera con el Derecho material, y en no pocos de ellos su ubicación es dudosa; así la prescripción se considera por unos como institución jurídica material, por otros como procesal, y por otros (actualmente la op. dom. [81]) como

[76] PA, fundamentación del § 1, p. 29; Baumann/Weber, AT [9], § 6 IV 2; Diefenbach, 1966, 113 ss.; Jescheck, AT [4], § 15 IV 3, n. 41; Maurach/Zipf, AT/1 [8], 12/19; SK [5]-Rudolphi, § 2, nm. 18; Stratenwerth, AT [3], nm. 79; Jakobs, AT [2], 4/56; Jung, Wassermann-FS, 1985, 875 ss. Escépticamente tb.: LK [11]-Gribbohm, § 2, nm. 56 s.; Sch/Sch/Eser [24], § 2, nm. 42.

[77] Así Diefenbach, Jung y realmente tb. Stratenwerth (cits. en n. 76).

[78] El BGH se ha pronunciado a favor de la constitucionalidad del § 2 IV v. a. (que en este punto corresponde al actual § 2 VI) (BGHSt 24, 103, 105 s.: agravación retroactiva de la medida de vigilancia policial; cfr. tb. BGHSt 5, 168, 173 s.: privación retroactiva del permiso de conducir).

[79] Para más detalles Pföhler, 1988; Dannecker, 1992, 316 ss.

[80] En contra, sobre todo, SK [2]-Schreiber, § 1, nm. 9; ulteriores referencias en SK [5]-Rudolphi, § 1, nm. 10.

[81] Cfr. LK [10]-Tröndle, § 2, nm. 11 ss., con ulteriores referencias; sobre mi propia opinión ver § 23, nm. 50 ss.

institución "mixta". Pero la vigencia del principio de legalidad en este campo no puede depender de dichas clasificaciones formales, que se efectúan sin tener en cuenta la prohibición de retroactividad, sino que lo que procede es examinar en el caso concreto hasta qué punto el fin del art. 103 II GG requiere su aplicación. Y entonces se pone de manifiesto que la afirmación general, según la cual "los presupuestos procesales dejan de estar en vigor con la ley que los deroga" (BGHSt 20, 27, adhiriéndose a RGSt 75, 306, 311), no es totalmente exacta, sino que hay que distinguir [82].

Así, frente a lo que sostienen jurispr. (RGSt 77, 106 s.) y doc. dom., hay que considerar inadmisible la supresión posterior del requisito de querella [83]; pues en los delitos privados el *ius puniendi* estatal depende de la necesidad de satisfacción del ofendido, en cuya ausencia puede confiar con razón en muchos casos (p.ej. en los §§ 247 o 123) el autor. Si se suprime retroactivamente la exigencia de querella y se castiga sin que se haya interpuesto la misma, con ello se estará creando *a posteriori* un derecho del Estado a castigar, y esto es precisamente lo que el art. 103 II pretende impedir. 57

Por las mismas razones, tampoco cabe una reapertura de los plazos de prescripción ya transcurridos; pues al producirse la prescripción, el autor queda impune y puede confiar en ello (p.ej. dejando de tener en su poder material de descargo). Por eso, si posteriormente se considerara como no producida la prescripción, ello supondría una posterior (re-)fundamentación de la punibilidad, contraria al fin del art. 103 II GG. En cambio, es lícito prolongar o suprimir plazos de prescripción que aún no hayan transcurrido totalmente, como se ha hecho en el asesinato (§ 211) respecto de los delitos de sangre nacionalsocialistas [84]; pues en este caso no entra en juego la idea básica del principio de legalidad: el ciudadano tiene derecho a saber si puede ser castigado y, en su caso, en qué medida, pero el sentido del principio de legalidad no es el de decirle por cuánto tiempo se tendrá que ocultar tras la comisión del hecho, para luego poder reaparecer a salvo. La protección de dicho cálculo no se puede deducir de las raíces del principio de legalidad (nm. 18 ss.), máxime teniendo en cuenta que al margen de ello ya la institución de la interrupción de la prescripción le impide al delincuente la expectativa de un tiempo de prescripción fijado de antemano [85]. 58

5. Prohibición de retroactividad y jurisprudencia

Respecto de la jurisprudencia no rige la prohibición de retroactividad. Por lo tanto, si el tribunal interpreta una norma de modo más desfavorable para el acusado que como lo había hecho la jurispr. anterior, éste tiene que soportarlo [86], pues, conforme a su sentido, la nueva interpretación no es una punición o agravación retroactiva, sino la realización de una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que sólo ahora ha sido correctamente 59

---

[82] Ampliamente coincidente Sch/Sch/Eser[24], § 2, nm. 7.

[83] Así tb. Jescheck, AT[4], § 15 IV 4; Sch/Sch/Eser[24], § 2, nm. 7; Pieroth, JuS 1977, 396, con ulteriores referencias.

[84] Primero, la denominada Ley de cómputos, de 13-4-1965, dispuso que en los delitos castigados con prisión perpetua no se contara el período comprendido entre el 8-5-1945 y el 31-12-1949 para el cómputo del plazo de prescripción. Posteriormente, la 9.ª StrÄG, de 4-8-1969, prolongó el plazo de prescripción de 20 a 30 años. Y por último la 16.ª StrÄG, de 16-7-1979, suprimió totalmente la prescripción en el asesinato, como ya lo había hecho la 9.ª StrÄG (en el § 78 II) respecto del genocidio (§ 220 a).

[85] La op. dom. considera admisible la prolongación o supresión de plazos de prescripción que todavía estén corriendo; y es seguida tb. por la jurispr., con una fundamentación que se fija excesivamente en el carácter jurídicoprocesal de la prescripción: BVerfGE 25, 295; RGSt 76, 161; BGHSt 2, 306; 4, 384. En contra, sin embargo, entre otros, Grünwald, MDR 1965, 521; Baumann, 1965; Schreiber, ZStW 80 (1968), 348 (con citas sobre lo polémico del problema ya en el siglo pasado); Schünemann, 1978, 25 s.; Jakobs, AT[2], 4/9.

[86] Así tb. la jurispr.: BVerfGE 18, 240; BGH VRS 32 (1967), 229; MDR (D) 1970, 196; MDR en Herlan, GA 1971, 37; KG VRS 32 (1967), 264.

reconocida. Frente a esto, una opinión minoritaria, pero creciente, pretende subsumir en el art. 103 II GG el supuesto de modificación de una jurispr. constante y que parecía garantizada [87]; pues sostiene que el ciudadano confía en una jurispr. firme lo mismo que en la ley y no se puede defraudar esa confianza. Pero esta posición no se puede compartir [88], por ser contraria a la idea básica del principio de legalidad, ya que equipararía legislación y jurispr., a pesar de que el art. 103 II GG parte precisamente de la separación de ambos poderes y limita la labor del juez a colmar el marco de la regulación legal (nm. 28) [89], que es el único por el que se debe orientar el ciudadano. Este no tiene por qué conocer la jurispr. (¡lo que sería ya una exigencia excesiva para la mayoría de los ciudadanos!), y no debe confiar en ella, ¡sino sólo en el tenor literal de la ley! Dado que los cambios de jurisprudencia tienen que mantenerse dentro del ámbito del sentido literal posible, de todos modos son tendencialmente menos gravosos y más previsibles que los cambios legales, y en algunos casos el ciudadano puede y debe ajustar su conducta a los mismos. Ello rige también respecto de la rebaja de la cuota límite de la absoluta incapacidad para conducir (§ 316), desde el 1,3 ‰ al 1,1 ‰, efectuada por el BGH en 1990 (BGH NStZ 1990, 491); por consiguiente, si se condena por el § 316 a alguien que antes de dictarse la nueva sentencia del BGH hubiera conducido con un 1,2 ‰ de alcoholemia, ello no infringe el art. 103 II GG (BVerfG NStZ 1990, 537) [89a]. Por otra parte, naturalmente que se dan muchas acciones en las que su autor había confiado de modo no reprochable en una determinada jurisprudencia e incluso había recabado asesoramiento jurídico específicamente a tal efecto; y en dichos supuestos seguramente no es lícito castigar al sujeto por su confianza en el Derecho en caso de que haya un cambio posterior de jurisprudencia. Pero en tal caso la absolución se producirá de todos modos por haber un error de prohibición no culpable (§ 17), y para ello no es preciso extender el art. 103 II GG a los cambios jurisprudenciales [90].

6. La retroactividad favorable al reo [90a]

60 Al igual que está permitida la analogía favorable al reo, también es admisible la retroactividad de las leyes penales en beneficio del reo, que según el § 2 III es incluso obligatoria: "Si la ley vigente al terminarse el hecho se modifica antes de la sentencia, se aplicará la ley más benigna". Y si se deroga un precepto penal tras la comisión del hecho pero antes de que se pronuncie la sentencia, hay que absolver al autor (en una aplicación analógica, y conforme a su sentido, del § 2 III); pues en tal caso la ley más benigna es ¡que no hay en absoluto una ley! El sentido de la regulación consiste en que parece adecuado tomar como base de una sanción penal la valoración legal existente en el momento de dictar sentencia, mientras la protección del reo (§ 2 I) u otras

[87] Así sobre todo Schreiber, JZ 1973, 718; SK²-Schreiber, § 1, nm. 6; pero tb., p.ej., Baumann/Weber, AT⁹, § 12 I 2 a; Kohlmann, 1969, 268 ss.; Maurach/Zipf, AT/1 ⁸, 12/8; Neumann, ZStW 103 (1991), 331; vacilante Sch/Sch/Eser ²⁴, § 2, nm. 9.

[88] Así tb. la op. dom.; cfr. por todos, con amplias referencias, LK ¹⁰-Tröndle, § 2, nm. 16-24, y Dannecker, 1992, 364 ss.

[89] Certeramente Schünemann, 1978, 28: en un cambio de jurispr. la Justicia se corrige "sólo a sí misma, y no al legislador".

[89a] En contra Bernreuther, MDR 1991, 829; Hüting/Konzak, NZV 1991, 255; Krahl, NJW 1991, 808.

[90] También quienes pretenden aplicar el art. 103 II GG a los cambios de jurispr., consideran en principio posible una autorrectificación de la jurispr. en sentido agravatorio, pero consideran que la misma sólo debe aplicarse a los casos futuros y que en los procesos en curso únicamente cabe anunciarla *pro futuro*. Sin embargo, tal modo de proceder no es practicable dentro del marco del Derecho procesal vigente; cfr. detalladamente sobre ello Tröndle, Dreher-FS, 1977, 117 ss.

[90a] Sobre el llamado mandato de atenuación cfr. Dannecker, 1992, 403 ss., 461 ss.

circunstancias especiales (§ 2 IV; nm. 64) no hagan preciso atender al castigo previsto en el momento del hecho. Si en el momento de la condena el legislador considera que una conducta es menos merecedora de pena o incluso que no lo es en aboluto, desde el punto de vista políticocriminal no tendría el menor sentido castigar pese a ello conforme a la concepción vigente en el momento del hecho, que entretanto ha quedado superada. A ese respecto hay que tener en cuenta la ley más benigna incluso en la instancia de revisión, si la atenuación no se produjera hasta después del fallo en primera instancia (aclarándolo así BGHSt 20, 77) [91].

La conjunción de la "protección frente a la agravación" (§ 2 I) y del "privilegio de atenuación" (§ 2 III) da lugar a que el § 2 III, de acuerdo con su tenor literal, deba aplicarse también a las **"leyes intermedias"** más favorables, que ya no están en vigor en el momento de la sentencia. Por consiguiente, si después de la comisión del hecho se atenúa la pena prevista para esa conducta, pero, debido a la mala experiencia de esa reforma, en el momento del enjuiciamiento se ha vuelto a la dureza originaria, pese a ello el delincuente puede exigir que se le castigue por la norma intermedia más benigna; pues con la atenuación había obtenido la posición jurídica más favorable de la nueva ley, que a partir de ahí sigue quedando garantizada frente a cualquier agravación retroactiva en el sentido del Derecho anterior. E igualmente ha de quedar impune el sujeto activo en caso de que el hecho sea punible tanto en el momento de su comisión como en el de la sentencia, pero haya habido un período intermedio en el que quedó exento de pena [91a]. 61

Hay una gran discusión sobre si se da o no una ley "más benigna" en el caso de que tras la comisión del hecho se sustituya un elemento típico agravatorio (= cualificante) por otro que afecte asimismo al autor. **Ejemplo** (BGHSt 26, 167, 172 ss.): el sujeto comete un robo en la vía pública, que en el momento del hecho se castigaba como supuesto agravado de robo por el § 250 I, n.° 3; antes de la condena se suprime ese motivo de agravación, pero a cambio se introduce un nuevo motivo de agravación consistente en ejecutar el robo con un arma no cargada (§ 250 I, n.° 2), cualificación que también ha realizado el autor. Pues bien, ¿habrá de castigársele por el § 250 o por el tipo básico del § 249? El BGH castigó por el § 250 I, n.° 3, v. a., por considerar que, puesto que el "núcleo del injusto común" al precepto antiguo y al nuevo es el mismo (sustracción violenta de una cosa ajena) y la modificación del tipo sólo afecta a "modalidades de realización de ese injusto", no se da una atenuación. Pero esta posición es equivocada: pues aunque el tipo básico (§ 249) es idéntico, en cambio, la cualificación, que antes atendía al lugar de comisión (vía pública) y ahora se refiere al medio comisivo (arma aparente), es completamente distinta. Por eso, respecto del robo en la vía pública ha habido una atenuación, que conforme al § 2 III ha de beneficiar al autor, mientras que la introducción de la cualificación por uso de un arma aparente supone una agravación de la pena, de la que debe quedar a salvo el autor en virtud del art. 103 II GG y del § 2 I. Por tanto, lo correcto hubiera sido castigar por el § 249 [92]. 62

Para resolver la cuestión de cuál es la ley más benigna [92a], la jurispr. parte de la base de que una pena de multa (incluso elevada) es siempre más benigna que una pena de prisión (aunque sea corta). Y por lo demás rige la regla que 63

[91] Sobre toda esta problemática: Sommer, 1979. Específicamente sobre el Derecho penal tributario: Kunert, Neue Zeitschrift für Steuerrecht 1982, 276 ss.; Tiedemann, 1985.

[91a] BVerfGE 81, 132; en contra Grünwald, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 433 ss.

[92] Así tb. la op. dom.; cfr. p.ej. Jescheck, AT[4], § 15 IV 5; Maurach/Zipf, AT/1 [8], 12/16; Sch/Sch/Eser [24], § 2, nm. 24 s.; Jakobs, AT[2], 4/75; Tiedemann, JZ 1975, 693; además Mazurek, JZ 1976, 235; Mohrbotter, ZStW 88 (1976), 923 ss.; Schünemann, 1978, 26 s.

[92a] Cfr. al respecto detalladamente Dannecker, 1992, 501 ss.

BGHSt 20, 25, invocando la jurispr. antigua, sintetiza así: "No sólo... hay que comparar entre sí en abstracto los tipos y las penas típicas de las diversas leyes, sino que lo decisivo es fijar qué regulación permite en el caso concreto a resolver y según sus circunstancias específicas un juicio más favorable para el autor" (similar tb. BGHSt 20, 75). Por tanto, si p.ej. una ley se modifica añadiéndole un marco penal más elevado para supuestos especialmente graves y un marco penal inferior para supuestos especialmente leves, sólo estaremos ante una ley penal más benigna cuando *in concreto* haya que apreciar un supuesto especialmente leve (RGSt 75, 310). Pero en los restantes casos hay que aplicar la ley más benigna en el caso concreto "como un todo" (BGHSt 24, 97), es decir, incluyendo sus componentes más duros (igualmente BGHSt 20, 30) [93]. De la rica casuística sobre la cuestión de la ley "más benigna" [94] mencionaremos sólo algunas resoluciones jurisprudenciales recientes: Si en una ley se rebaja para casos excepcionales el límite mínimo de la pena, ello constituye ya una atenuación (BGHSt 20, 125); e igualmente hay que afirmar que ha habido atenuación si en caso de leyes penales en blanco (nm. 40) se modifica de un modo que coloca en mejor posición al autor, no la pena prevista, sino sólo la norma de complemento (BGHSt 20, 177, abandonando la posición de la anterior jurispr.). Y en caso de transformación de un hecho punible en una contravención hay que aplicar correlativamente el § 2 III, por lo que la acción que inicialmente era punible se castigará ahora como contravención (BGHSt 12, 154 s.).

7. Leyes temporales

64 Según el § 2 IV, hay que hacer una excepción a la retroactividad de la ley más benigna respecto de las llamadas **leyes temporales.** Leyes temporales son aquellas leyes que de antemano sólo van a estar vigentes "en un determinado período de tiempo"; ya sea porque la fecha en que dejarán de estar en vigor esté fijada en la propia ley con arreglo a un calendario o coincidiendo con un determinado acontecimiento (leyes temporales en sentido estricto), o bien porque sea reconocible que las mismas se ciñen a situaciones temporales especiales y quedarán sin objeto con la desaparición de éstas (leyes temporales en sentido amplio) [95]. Ambos supuestos tienen en común que estas leyes, con el transcurso de su período limitado de vigencia, van a dejar automáticamente de estar en vigor, si no se dispone expresamente lo contrario (§ 2 IV 2). La idea básica del § 2 IV, que tiene importancia sobre todo en el Derecho penal

---

[93] Discr. Schröder, JR 1966, 68; Sch/Sch/Eser [24], § 2, nm. 34, sosteniendo que hay que aplicar los elementos respectivamente más favorables de ambas leyes.

[94] Ampliamente al respecto LK [11]-Gribbohm, § 2, nm. 15-28.

[95] BGHSt 6, 36 s.; 18, 14. La 2.ª StrRG había querido limitar la aplicación del § 2 IV sólo a las leyes con un plazo fijado en el calendario; pero la EGStGB ha vuelto a suprimir esa restricción. En contra Tiedemann, Peters-FS, 1974, 198 ss. Cfr. tb. Rüping, NStZ 1984, 450; W. Hassemer, 1990, 201; Laaths, 1991.

económico, consiste en que el sujeto que ha incurrido en responsabilidad penal sólo debe beneficiarse por la desaparición de la ley que ha infringido, si el cese de su vigencia se debe a una modificación de la valoración políticocriminal, pero no si se debe sólo a un cambio de las circunstancias fácticas (p.ej. económicas). Además, si no existiera el § 2 IV, se podría infringir sin peligro una ley temporal en la última fase de su período de vigencia, puesto que el autor estaría seguro de que ya no se le iba a juzgar antes de su derogación. Pues bien, la indicada finalidad de la ley ha de determinar el modo de interpretación en casos dudosos: Así p.ej. las limitaciones de velocidad dotadas de sanción penal no son leyes temporales (BGHSt 6, 37 ss.), porque predominantemente se deben a necesidades de la seguridad del tráfico, que no se solucionan por sí mismas con el mero cambio de las circunstancias (¡la cuestión será distinta si la ley pretende lograr un ahorro de gasolina durante un período de tiempo limitado!). Y un precepto promulgado originariamente como ley temporal puede perder incluso posteriormente ese carácter si las circunstancias temporales inicialmente previstas como transitorias, y para las que el precepto estaba concebido, "se mantienen durante mucho tiempo" (BGHSt 6, 39).

VIII. La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas [96]

1. La determinación o precisión de los presupuestos de la punibilidad

Asimismo, la prohibición de preceptos penales indeterminados no sólo con- 65
cuerda con el tenor literal de la Constitución ("legalmente **determinada**", cfr. nm. 11), sino que se corresponde por completo igualmente con la finalidad del principio de legalidad (nm. 18 ss.). Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivogeneral, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad.

Teóricamente también resulta indiscutido que por indeterminación las dis- 66
posiciones penales pueden ser inconstitucionales y por tanto nulas. Así, el Tribunal Constitucional Bávaro [97] declaró nulo, por vulnerar el principio de legalidad, un precepto en virtud del cual incurría en responsabilidad penal "el

[96] Desde el punto de vista histórico: Krey, 1983, 84 ss. Sobre la jurispr. ampliamente Krahl, 1986.
[97] BayGVBl. 1952, 8 s.

que infringiere el orden público o actuare contra los intereses de las fuerzas armadas aliadas o de sus miembros"; y a ese respecto se consideró que ambas alternativas típicas ("orden público" e "intereses") eran igual de excesivamente indeterminadas. Pero fuera de este caso, en la etapa posterior a la guerra casi nunca se ha declarado nulo un precepto penal por infringir el mandato de determinación o precisión [98]. Al contrario, no es raro encontrar conceptos vagos y necesitados de complemento valorativo en los preceptos penales. Desde que el BVerfG consideró que el antiguo tipo de la falta del "grave desmán (o abuso)" (§ 360, n.° 11, v. a., actualmente algo precisado como § 118 I OWiG) era suficientemente preciso, el legislador apenas tiene que reprimirse al utilizar cláusulas generales. Por eso tiene razón Welzel en su frase, frecuentemente citada [99]: "¡El auténtico peligro que amenaza al principio *nulla poena sine lege* no procede de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas!" Naucke [100] constata que "el Derecho penal resulta cada vez menos claro", y Schünemann [101] ha diagnosticado que "el punto más débil del principio *nulla poena*" radica en el mandato de precisión de la ley.

67 Hace ya mucho tiempo que se discute si y, en su caso, cómo se puede remediar esta situación. Nadie discute que un cierto grado de indeterminación es inevitable, porque todos los términos empleados por el legislador admiten varias interpretaciones (cfr. ya nm. 27). El punto neurálgico lo constituyen sobre todo los "conceptos necesitados de complementación valorativa", que no proporcionan descripciones de la conducta prohibida, sino que requieren del juez un juicio valorativo. Existen muchos ejemplos al respecto: el "grave desmán" (nm. 66), pero también los "móviles abyectos" en el asesinato (§ 211), la contravención "de las buenas costumbres" en las lesiones con consentimiento del ofendido (§ 226 a), la "reprobabilidad" que es precisa para la antijuridicidad de las coacciones (§ 240 II), y términos similares. Por lo general se admite que el legislador no puede renunciar por completo a dichos conceptos valorativos en forma de cláusulas generales, porque los mismos hacen posible una resolución justa del caso individual. Si las leyes sólo pudieran contener conceptos descriptivos y no valorativos, entonces, o bien tendrían que ser infinitamente largas o que presentar tal rigidez en su aplicación que podrían producirse resultados sumamente desafortunados a efectos políticocriminales. Además existen fenómenos sociales, como las "injurias" (§ 185), que sencillamente no se pueden describir mediante formulaciones menos valorativas. Pero por otra parte, tampoco nos podemos conformar con una utilización cualquiera de conceptos que precisen complementación valorativa. Así p.ej., cuando

---

[98] Cfr., sin embargo, ahora BVerfG NStZ 1989, 229, para el caso de que un tipo penal se vincule a la infracción de deberes de conducta que se fundamenten mediante un acto administrativo.

[99] Welzel, StrafR [11] [= PG, 1987; N. del T.], § 5 II 3.

[100] Naucke, 1973, 3.

[101] Schünemann, 1978, 6.

respecto del juicio de reprobabilidad en las coacciones (§ 240 II) el BGH dice simplemente que en ese caso le corresponde al juez "decidir en lugar del legislador mediante una valoración directa si la coacción... en el caso concreto es antijurídica o no" (BGHSt 2, 196), tal desplazamiento de las competencias del legislador vulnera claramente la exigencia de determinación o precisión **legal,** y por tanto no puede admitirse.

Por consiguiente, hay que encontrar un límite, más allá del cual la indeter- **68**
minación sea inconstitucional. Dicha tarea no se ha acometido en serio hasta tiempos recientes. El BVerfG pretende resolverla admitiendo, en primer lugar, que las exigencias de determinación legal crecen junto con la cuantía de la pena prevista en el tipo, y, en segundo lugar, que la concreción por la jurispr. de una ley indeterminada satisface ya el mandato constitucional [102]. Pero esta tesis no es convincente: pues el principio de legalidad rige por igual para todas las normas penales y no autoriza ciertas indulgencias en caso de delitos leves; y, por otra parte, si se encomienda a los tribunales la producción de la necesaria precisión, de ese modo precisamente se está renunciando a la división de poderes que pretende garantizar el art. 103 II GG.

Diversos autores requieren que el legislador se aplique para lograr "la máxima precisión **69**
posible". Según esto, los conceptos necesitados de complementación valorativa ciertamente no estarán prohibidos sin más, pero resultarán inconstitucionales cuando el legislador disponga de la posibilidad de una redacción legal más precisa [103]. Este es un enfoque apreciable. Pero por una parte, va demasiado lejos, ya que no toda redacción legal menos afortunada puede convertir sin más un precepto en inconstitucional. Y por otra parte, tal enfoque incita a proceder ampliando al máximo la punibilidad; pues cuanto más lejos se desplace la línea que trace la frontera de la misma, tanto más inevitable será tener que volver a excluir los casos no merecedores de pena por medio de conceptos necesitados de complementación valorativa [104]. Así p.ej., si se redactan las coacciones de un modo tan amplio como lo hace el § 240 I, será casi imposible arreglárselas sin una cláusula restrictiva como la cláusula de la reprobabilidad que contiene el § 240 II.

Por último, una tercera solución se basa en la idea de la ponderación: según esto, los **70**
conceptos necesitados de complementación valorativa serán admisibles si los intereses de una justa resolución del caso concreto son preponderantes respecto del interés de la seguridad jurídica protegido por el art. 103 II GG [105]. Pero esta solución es objetable porque con ella se relativiza de modo inadmisible el principio de legalidad. Los puntos de vista de la justicia y de la necesidad de pena deben tenerse en cuenta dentro de los límites trazados por el art. 103 II GG, pues de lo contrario se estará renunciando al principio de determinación en favor de las concepciones judiciales sobre la justicia [106].

En el caso de los conceptos necesitados de complementación valorativa ("reprobable" en **71**
el § 240 II, "buenas costumbres" en el § 226 a, "móviles abyectos" en el § 211) es frecuente sostener que sólo se puede afirmar que concurren cuando lo admitan todas las interpreta-

---

[102] BVerfGE 14, 245 ss.; 26, 41 ss.

[103] Así sobre todo Kohlmann, 1969, 247 ss., con un "esquema en tres fases"; Lenckner, JuS 1968, 305; Naucke, 1973, 3 ss.; Jakobs, AT², 4/25 (con restricciones); Sch/Sch/Eser [24], § 1, nm. 20.

[104] Cfr. sobre esta crítica tb. Schünemann, 1978, 33 s.; Lemmel, 1970, 100 ss.

[105] Lenckner, JuS 1968, 305 s.; similar tb. Seel, 1965, 114, 127 s., 133 y *passim*.

[106] Cfr. tb. Schünemann, 1978, 32; Lemmel, 1970, 106 ss.

ciones defendibles [107]. Esta es una idea aprovechable, pero no se le puede otorgar carácter absoluto: pues incluso una concepción moral extendida de modo general puede estar guiada en el caso concreto por prejuicios constitucionalmente objetables, y que no debería hacer suyos la jurispr.; y por otra parte, la decisión valorativa del legislador puede en su caso desprenderse tan claramente del contexto de la ley que el juez estará vinculado a la misma con independencia de que sea objeto de pública polémica [108].

72 Una nueva propuesta distinta es la presentada por Schünemann [109], que pretende "definir... el concepto de determinación... en el sentido... de que el porcentaje de los elementos típicos suficientemente determinables a efectos de la delimitación de la conducta punible en todo caso ha de superar el 50 %". Tras esta propuesta late la idea de que sólo se puede seguir hablando de un "principio" de determinación o precisión si el número de los casos determinados supera al de los indeterminados y no se convierte la excepción en regla. No obstante, un 49 % de indeterminación también es difícilmente compatible con la Constitución, máxime cuando apenas es posible efectuar una estimación cuantitativa en porcentajes con suficiente seguridad.

73 La solución correcta habrá que buscarla por la vía que prefiguran los principios de la interpretación en Derecho penal (nm. 26 ss.). Según los mismos, un precepto penal será suficientemente preciso y determinado si y en la medida en que del mismo se pueda deducir un claro fin de protección del legislador [110] y que de todos modos el tenor literal siga marcando límites a una extensión arbitraria de la interpretación. En tal caso se dará un marco de regulación, cuya concreción se podrá seguir considerando como interpretación de una ley determinada (precisa). Y a ese respecto, los intentos doctrinales de delimitación, que sólo resultan problemáticos si se aceptan de modo unilateral, de todos modos pueden ofrecer valiosos puntos de apoyo.

74 Los requisitos de determinación que según esto hay que exigir, se cumplen p.ej. en el tipo de las "injurias" (§ 185), puesto que una manifestación de desprecio sólo logrará su fin si la misma es también entendida como tal. Del mismo modo se puede considerar que el concepto de "otro móvil abyecto" (§ 211) sigue siendo conforme a la Constitución: pues está claro que el fin de la ley radica en castigar más duramente los homicidios especialmente reprobables; y la cuestión de qué motivos cabe considerar como "abyectos", es algo que se puede averiguar mediante interpretación por la equiparación que la ley hace de los mismos con los móviles del "placer en el asesinato", la "satisfacción del instinto sexual" y la "codicia". En cambio, contra lo mantenido por el BVerfG, la punición del "desmán o abuso grave" (§ 360, n.º 11, v. a.) era inconstitucional [111], pues no está claro el fin perseguido aquí por el legislador;

---

[107] Roxin, JuS 1964, 379 (= Grundlagenprobleme, 200); Schlüchter, NStZ 1984, 300, que propone el criterio del "mínimo común"; Jescheck, AT [4], § 15 I 4.

[108] Críticamente tb. Jakobs, AT [2], 4/32.

[109] Schünemann, 1978, 35 ss.

[110] De modo similar en este punto Lemmel, 1970, 180 ss., y Schroth, 1992, 108: para este último, en los conceptos indeterminados ha de "poderse reconocer, partiendo del contexto de la regulación o del contexto de la decisión legislativa, un cometido valorativo de esos elementos del tipo que permita desarrollar criterios de valoración".

[111] Sostienen tb. su inconstitucionalidad, p.ej., Lenckner, JuS 1968, 305; SK [5]-Rudolphi, § 1, nm.

existen muy diversas clases de "desmanes" y cada individuo tiene al respecto concepciones sumamente personales (como lo prueba el uso del lenguaje), por lo que las posibles "interpretaciones" del concepto llegan hasta el infinito.

En otros casos sólo se podrá afirmar la constitucionalidad de un precepto 75
si se hace una interpretación muy restrictiva del mismo. Así p.ej., es cierto que del § 226 a se puede deducir que el legislador quiere que se castiguen las lesiones pese al consentimiento del lesionado, si las mismas contravienen reglas reconocidas de conducta; pero la cuestión de cuándo sucede eso, se caracteriza mediante el concepto de las "buenas costumbres" de modo tan poco claro que el puro tenor literal ya no supone un límite a la interpretación [112]. Por otra parte, en algunos casos el juicio de reprobación del legislador se puede determinar claramente a partir de otros preceptos. Así p.ej., quien se deje mutilar para eximirse del servicio militar o para obtener fraudulentamente una pensión de invalidez, será castigado por los §§ 109 o 263; y de esa responsabilidad penal de la víctima se desprende con seguridad que el legislador reprueba fuertemente el hecho de las lesiones. Pero entonces la punibilidad ha de quedar limitada a dichos casos en los que se precisa el contenido del concepto de las "buenas costumbres" mediante otros preceptos; en cambio, en los casos en que no hay una clara toma de posición del legislador, como sucede en la esterilización voluntaria, hay que negar una infracción de las buenas costumbres y por tanto afirmar la licitud de la intervención (para más detalles sobre el § 226 a, cfr. § 13, nm. 27, 36 ss.). De modo similar hay que proceder también en cuanto al concepto de la "reprobabilidad" en el § 240 II [113]. Por consiguiente, sólo se podrá declarar la total nulidad de un precepto por intedeterminación cuando no sea posible reducirlo a un núcleo determinable.

De lo dicho se deriva que no es cierto en absoluto que el principio de 76
determinación esté vacío de contenido, como opinan algunos. Sólo hay que revisar, sirviéndose de los puntos de vista expuestos, cualquier tipo concreto en el que se planteen dudas. A tal efecto, aquí sólo es posible dar directrices (ilustradas con ejemplos), cuyo desarrollo es una cuestión que pertenece a la Parte especial. No obstante, es cierto que falta la determinación en sí misma necesaria en aquellas partes de la Parte general que intencionadamente el legislador no ha regulado y ha encomendado su desarrollo a la jurispr. y doctrina científica (cfr. nm. 46 s.). Pero como los creadores de la Constitución (incluso ya en la de Weimar) lo sabían y no lo quisieron cambiar (a pesar de que en su momento la Parte general aún estaba regulada de modo más frag-

---

14; Schünemann, 1978, 32 s.; Schroeder, JZ 1969, 775; Schröder, JR 1964, 392; idem, JZ 1966, 649; Jakobs, AT [2], 4/28.

[112] Sostiene su inconstitucionalidad p.ej. Lemmel, 1970, 191. Ulteriores indicaciones bibliográficas en LK [10]-Hirsch, § 226 a, nm. 2.

[113] Cfr. sobre todo ello mi trabajo en: JuS 1964, 373 ss. (= Grundlagenprobleme, 184 ss.).

mentario en la ley), en este punto hay que afirmar la existencia de una restricción inmanente (y materialmente fundada) del principio de legalidad.

2. El principio de determinación o precisión en el ámbito de las consecuencias del delito

77 El art. 103 II GG requiere una suficiente precisión o determinación no sólo de los presupuestos de la punibilidad, sino también de la pena y las demás consecuencias del delito [114]. Sin embargo, la jurispr. frecuentemente ha procedido en este punto con más generosidad de lo que sería compatible con la Constitución. Así BGHSt 13, 191, ha considerado que la previsión como pena típica "de cualquier pena admisible, excepto la pena de muerte", sigue siendo suficientemente determinada. Esto es incorrecto con toda seguridad, pues un marco penal que comprenda desde la pena de multa mínima hasta la pena de prisión perpetua, no le permite al ciudadano una estimación de las consecuencias que pueden afectarle, y por tanto contraviene una exigencia fundamental del principio de legalidad. Por eso la doctrina exige en general con razón, como mínimo, una fijación de la clase de pena.

78 Pero incluso dentro de la misma clase de pena hay que considerar como inconstitucional un marco penal que sea ilimitado. Por tanto, frente a lo que sostiene BGHSt 3, 262, es inadmisible la previsión típica de una pena de multa de cuantía indeterminada; dado que una sanción así se mueve entre el simple recordatorio y la total destrucción de la existencia económica, no proporciona una garantía suficiente frente a la arbitrariedad. El sistema de cuotas diarias, vigente desde 1975 (§ 4, nm. 37 s.), supone un intento de limitación mediante un marco penal que va desde 5 a 360 (en el supuesto del § 54 II 2: 720) cuotas diarias, lo que acaba dando como resultado un importe comprendido entre 10 y 3.600.000 (o excepcionalmente 7.200.000) marcos. Por las razones expuestas, esta extensión también es insostenible desde el punto de vista del Estado de Derecho [115]; por ello, el BVerfG debería rebajar el límite máximo de pena, como inicialmente había previsto el legislador, a una décima parte de la cuantía actual. Y en el caso de la prisión también hay marcos penales que se sitúan al borde de la inconstitucionalidad. Así, por ejemplo, los §§ 212 y 213 prevén para el homicidio una amplitud tal en la pena que va desde seis meses hasta la prisión perpetua; y si ello se puede seguir considerando compatible con el art. 103 II GG [116], es porque al menos el marco penal normal (5-15 años) supone una dimensión abarcable.

---

[114] BVerfGE 25, 269 ss.; 45, 363; BGHSt 18, 140; en contra K. Peters, 1955, 18 s.

[115] Tb. lo consideran inconstitucional SK [2]-Schreiber, § 1, nm. 15; Stratenwerth, AT [3], nm. 84; en el fondo tb. Jescheck, AT [4], § 15 I 5.

[116] Sostiene su inconstitucionalidad Schünemann, 1978, 38.

En conjunto se puede afirmar que en las consecuencias jurídicas se puede aceptar una indeterminación algo mayor que en los presupuestos de la punibilidad, porque el principio de culpabilidad (§ 3, nm. 46 ss.) y los principios codificados de la medición de la pena (§ 46) le dan al autor del delito un cierto grado de seguridad compensadora. Pero lo cierto es que la cuantía de pena, que debe calcularse mediante esos principios, es menos calculable y además no es independiente del marco penal. Por eso, el legislador, que aún es poco consciente de los problemas en este campo, se ajustaría mejor a la Constitución si de modo general se decidiera a ceñirse a unas penas de dimensiones determinadas y precisas [117]. 79

[117] Formula una propuesta al respecto Schünemann, 1978, 38.

§ 6. Derecho penal del hecho y Derecho penal de autor

Bibliografía: v. Liszt, Die Zukunft des Strafrechts (1892), en: Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, t. 2, 1905 (reimpr. 1970), 1; v. Liszt, Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts (1893), en: Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, t. 2, 1905 (reimpr. 1970), 75; v. Liszt, Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuchs in Aussicht zu nehmen? (1902), en: Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, t. 2, 1905 (reimpr. 1970), 356; Tesar, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, 1907; Kollmann, Die Stellung des Handlungsbegriffs im Strafrechtssystem, 1908; Kollmann, Der symptomatische Verbrechensbegriff, ZStW 28 (1908), 449; Birkmeyer, Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Schule, nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen, 1909; Tesar, Der symptomatische Verbrechensbegriff, ZStW 29 (1909), 82; Grünhut, Gefährlichkeit als Schuldmoment, Aschaffenburg-FS, 1926, 87; Zimmerl, Der Aufbau des Strafrechtssystems, 1930; E. Wolf, Vom Wesen des Täters, 1932; Mezger, Täterstrafrecht, DStR 1934, 125; E. Wolf, Tattypus und Tätertypus, ZAkDR 1936, 358; Mezger, Die Straftat als Ganzes, ZStW 57 (1938), 675; Bockelmann, Studien zum Täterstrafrecht, Parte I, 1939; Parte II, 1940; Dahm, Der Tätertyp im Strafrecht, 1940; Mezger/Gallas, Tat- und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht, ZStW 60 (1941), 353, 374; Engisch, Zur Idee der Täterschuld, ZStW 61 (1942), 166; Schaffstein, Zur Lehre vom Tätertyp im Kriegsstrafrecht, DStR 1942, 33; Lange, Täterschuld und Todesstrafe, ZStW 62 (1943), 175; Heinitz, Strafzumessung und Persönlichkeit, ZStW 63 (1951), 57; Bockelmann, Wie würde sich ein konsequentes Täterstrafrecht auf ein neues Strafgesetzbuch auswirken?, MatStrRef. I, 1954, 29; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958; Hardwig, Tat- und Täterstrafrecht im Licht der Strafrechtsreform, MSchrKrim 1959, 1; Müller-Emmert/Friedrich, Die kriminalpolitischen Grundzüge des neuen Strafrechts, JZ 1969, 245; Roxin, Franz v. Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurfs, ZStW 81 (1969), 613 (= Grundlagenprobleme, 32) [= Problemas básicos, 1976, 37]; Danner, Tatvergeltung oder Tätererziehung?, 1971; Jakobs, Schuld und Prävention, 1976; Stratenwerth, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977; Haft, Der Schulddialog, 1978; Müller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, 1979; Stratenwerth, Strafrecht und Sozialtherapie, Bockelmann-FS, 1979, 901; Burkhardt, Charaktermängel und Charakterschuld, en: Lüderssen/Sack, Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, t. I, 1980, 87; Frommel, Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 StGB im Jahre 1941, JZ 1980, 559; Rüping, Strafjustiz im Führerstaat, GA 1984, 297; Werle, Das Strafrecht als Waffe: Die Verordnung gegen Volksschädlinge vom 5. September 1939, JuS 1989, 952.

I. Clarificación conceptual. El Derecho penal del hecho como tendencia predominante en el Derecho vigente

1 Por **Derecho penal del hecho** se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo. Frente a esto, se tratará de un **Derecho penal de autor** cuando la pena se vincule a la personalidad

del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción. "Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino que sólo el que el autor sea 'tal' se convierte en objeto de la censura legal" [1]; "allí donde entre los presupuestos de la conminación penal se incluye algo distinto y más que el si y el cómo de una acción individual, y donde ese algo más debe buscarse en la peculiaridad humana del autor, estamos ante un sistema en que la pena se dirige al autor como tal".

Está claro que el principio constitucional *nullum crimen, nulla poena sine lege* favorece más el desarrollo de un Derecho penal del hecho que el de un Derecho penal de autor; pues las descripciones de acciones y las penas por el hecho se acomodan más al principio de precisión o determinación que unos preceptos penales que atiendan a "un elemento criminógeno permanente" en la persona del autor [2] o "al ser-así humano de la personalidad que hay que castigar" [3] y que midan por ese baremo la clase y cuantía de la sanción. Así pues, un ordenamiento jurídico que se base en principios propios de un Estado de Derecho liberal se inclinará siempre hacia un Derecho penal del hecho. Por otra parte, las fuertes tendencias preventivoespeciales, existentes desde los tiempos de Liszt en el Derecho penal alemán, presionan en la dirección del Derecho penal de autor; pues la cuestión de qué intervención sobre el delincuente es precisa para evitar futuros delitos, depende más de su personalidad que del concreto hecho individual. Así sucede que, aunque es cierto que bajo la vigencia del StGB nunca se ha prescindido del Derecho penal del hecho, sin embargo éste siempre ha tenido que enfrentarse a las influencias (cambiantes según las épocas en su configuración e intensidad) del Derecho penal de autor y que integrarlas en su seno. **2**

Zimmerl ha expuesto en su libro "Der Aufbau des Strafrechtssystems" (1930) **3**
que un sistema de Derecho penal ha de estructurarse de modo completamente distinto según que se base en un Derecho penal del hecho o en un Derecho penal de autor [4]; y va tan lejos en esa idea que considera que en esa decisión reside la cuestión central, y que se plantea en primer lugar, de la posición de las vías de cualquier concepción del sistema: "Hecho concreto o personalidad, ésta es la pregunta sobre el fundamento primario de todo sistema" [5].

---

[1] Esta cita y la siguiente son de Bockelmann, 1939, 3 s.
[2] Welzel, StrafR[11] [= PG, 1987; N. del T.], § 17 I.
[3] Bockelmann, 1954, 29.
[4] Zimmerl, 1930, 4 ss.
[5] Zimmerl, 1930, 5.

II. Derecho penal del hecho y Derecho penal de autor en Franz v. Liszt y sus seguidores

4 Franz v. Liszt nunca extrajo la consecuencia de que sea deseable que para la punibilidad se atienda, en vez de al hecho, a la forma de existencia o a la posición interna del autor (real o incluso sólo potencial). También él [6] proponía "castigar al autor sólo por el hecho cometido por el mismo... Debo reconocer", opinaba, "que quizás lo consecuente con nuestra concepción sería atender sólo a la actitud interna, y no tener que aguardar hasta el hecho; del mismo modo que el médico de la familia no espera hasta que aparezca la enfermedad, sino que trata de prevenirla". Pero la verdad es que, por razones de salvaguarda de la libertad, no se acabó de decidir a dar ese paso. Es cierto que v. Liszt requería para los tipos legales *de lege ferenda* "la máxima diferenciación posible según la personalidad del autor o, dicho más exactamente, según los grados de intensidad de su actitud interna criminal" [7]; pero con ello no se ponía en tela de juicio que haya que seguir aferrándose al hecho concreto, sino que únicamente se desplazaba más el peso de la descripción del hecho hacia los motivos, como posteriormente ha ocurrido con la introducción de un tipo privilegiado de hurto en situación de necesidad (§ 248 v. a.), ya exigida por Liszt [8], o con la nueva redacción del tipo del asesinato (cfr. § 4, nm. 13). De todos modos, dichas diferenciaciones subjetivas ofrecen mayores posibilidades de tener en cuenta la personalidad del autor en la medición de la pena. Y efectivamente, en este punto resaltan de modo general los rasgos del Derecho penal de autor claramente en Liszt [9]: así exigía (al menos en principio) la introducción de "sentencias penales indeterminadas" [10], en las que la duración de su cumplimiento dependería de que se alcanzara el fin de la pena; y a ese respecto, la personalidad del autor habría de tener una importancia esencial tanto para la determinación como para el juicio sobre si se ha alcanzado el fin de la pena. Sin embargo, la época posterior no nos ha traído la sentencia penal indeterminada [11], sino las medidas de seguridad (cfr. § 4, nm. 11); y entre ellas se preveía la custodia de seguridad (actual § 66), que supone una privación de libertad orientada hacia el autor y de duración indeterminada, y de modo general, las medidas de seguridad son hasta la fecha las sanciones con mayor referencia al autor de nuestro Derecho penal.

---

[6] v. Liszt (1892), 1905, 16.
[7] v. Liszt (1902), 1905, 391.
[8] v. Liszt (1902), 1905, 391.
[9] Cfr. sobre la bipartición de "Derecho penal" y "política criminal" en Liszt, que tiene íntimos puntos de contacto con la división entre Derecho penal del hecho y de autor, Roxin, ZStW 81 (1969), 640 ss. (= Grundlagenprobleme, 60 ss.) [= Problemas básicos, 1976, 61 ss.; N. del T.].
[10] v. Liszt (1893), 1905, 91 ss.
[11] Cfr. no obstante al respecto § 3, n. 17.

Los seguidores de Liszt no han ido sustancialmente más allá del dualismo prefigurado 5
por aquél, y según el cual los presupuestos de la punibilidad deben determinarse con criterios de Derecho penal del hecho, mientras que las consecuencias jurídicas deben determinarse más bien por criterios de Derecho penal de autor [12]. Por ello pueden bastar unas simples indicaciones. Como fundadores de la denominada **concepción sintomática del delito** destacan Tesar [13] y Kollmann [14]. Ambos sustentan (desde muy diversos puntos de partida metodológicos en lo particular) la tesis de que no se debe enjuiciar el hecho por su repercusión en el mundo exterior, sino por lo que nos revela sobre el interior del autor. Por tanto, el hecho es sólo un "síntoma" de la personalidad del autor. Pero como ambos siguen manteniendo que el hecho concreto es presupuesto de la sanción y de su teoría sintomática del delito sólo extraen consecuencias respecto de la clase y configuración de las sanciones, siguen estando dentro del marco previamente trazado por Liszt. Algo similar sucede con los defensores de la denominada **concepción caracterológica de la culpabilidad,** tal y como se encuentra en muchos discípulos de Liszt (Radbruch, Eb. Schmidt, Kohlrausch, Grünhut): el hecho se concibe como plasmación del carácter, como expresión de la personalidad del autor; y la culpabilidad del autor reside (desde una perspectiva determinista) en la responsabilidad del hombre por su carácter, por lo que la peligrosidad del delincuente condicionada por su personalidad se presenta directamente como elemento de la culpabilidad [15]. Pero los caracterólogos también mantuvieron, por razones propias del Estado de Derecho, el hecho concreto como presupuesto de las sanciones jurídicopenales, es decir, que no siguieron la vía de un Derecho penal de autor radical, sino que quisieron limitar su influjo a las consecuencias jurídicas del hecho punible.

III. Tendencias de Derecho penal de autor de los años treinta. Culpabilidad por la conducción de vida. Tipo de autor criminológico y normativo

En los años treinta se produjo un retroceso de los esfuerzos por desarrollar 6
un Derecho penal de autor preventivo siguiendo la orientación de Liszt, debido al descrédito tanto del pensamiento liberal como del preventivoespecial. En su lugar se desarrollaron bajo el nombre de Derecho penal de autor otros enfoques, de los que vamos a seleccionar sólo los tres más conocidos.

1. Erik Wolf

En diversos trabajos [16], de modo algo cambiante y enlazando en parte con la fenomeno- 7
logía del momento, Erik Wolf caracteriza al "autor" como "un miembro personal de la comunidad jurídica con una actitud interna jurídica corrompida" [17], y describe esa corrupción o depravación de la actitud interna mediante los "tipos de autoría" que suponen la peligrosidad para el común (en los delincuentes sexuales), la oposición al común (p.ej. en la estafa y la administración desleal), la hostilidad al común (p.ej. en los delincuentes por convicción),

---

[12] Para más detalles al respecto Bockelmann, 1939, 123 ss. Realiza una buena síntesis Mezger, StrafR, ²1932, ³1949, 104 s. [= Tratado I, 1946, 80 s.; N. del T.].

[13] Tesar, 1907.

[14] Kollmann, 1908; idem, ZStW 28 (1908), 449.

[15] De modo característico Grünhut, Aschaffenburg-FS, 1926, 87. Para más detalles sobre la importancia de estas concepciones para la actual teoría de la culpabilidad ver § 19, nm. 25 ss.

[16] Deben destacarse especialmente: Vom Wesen des Täters, 1932; Tattypus und Tätertypus, ZAkDR 1936, 358.

[17] E. Wolf, 1932, 16.

la dejadez frente al común (en los delitos contra la Administración) y la dañosidad para el común (p.ej. en los delitos imprudentes) [18]. Esa tipología de autores (no muy clara) no fue más elaborada y completada posteriormente; pero el concepto de la corrupción de la actitud interna, que ya no vincula el pensamiento del Derecho penal de autor a la necesidad de prevención, sino a la ética y la culpabilidad, influyó sobre la evolución posterior.

2. La Ley de delincuentes habituales de 1933

8 Otro impulso importante lo dio la Ley de delincuentes habituales (§ 4, nm. 11), de 24-11-1933, que favoreció la penetración de influencias del Derecho penal de autor no sólo en las medidas de seguridad que introdujo, sino también en las penas en algunos puntos: el § 20 a v. a. prescribía una pena de presidio a la tercera condena si "la valoración global de los hechos" pusiera de relieve que el autor "es un delincuente habitual peligroso"; por tanto, aquí ya no era el hecho como tal, sino la pertenencia al tipo criminológico de autor del delincuente habitual, lo que determinaba la pena. Igualmente se podía interpretar en el sentido del Derecho penal de autor la nueva regulación del § 51 II v. a., que para la imputabilidad disminuida preveía una atenuación no obligatoria, sino sólo facultativa. Y bajo ese enfoque se veían también a una nueva luz otros preceptos legales anteriores: así se reconoció que la punición del rufián (§ 181 v. a.), así como la del vagabundo, mendigo, borracho o vago (§ 361, n.os 3-5, v. a.), en el fondo no sancionaba hechos concretos, sino formas de existencia, y por tanto tenía carácter de Derecho penal de autor. Y también otras disposiciones, como la agravante de reincidencia y los preceptos sobre profesionalidad y habitualidad, se interpretaron en muchas ocasiones en el sentido del Derecho penal de autor.

9 El problema principal con el que tuvo que luchar esa **"teoría del tipo criminológico de autor"**, consistía en resolver la cuestión de cómo se puede compatibilizar la dependencia de la pena de la pertenencia a un determinado tipo de autor con la idea de la pena por la culpabilidad, en la que se basaba en los demás casos el Derecho penal. La explicación más influyente la dio Mezger con su teoría de la **"culpabilidad por la conducción de la vida"** [19], que debía añadirse a la culpabilidad por el hecho concreto, decisiva para la mayoría de los delitos, porque sólo aquélla parecía en condiciones de explicar las consecuencias jurídicas de los citados preceptos como "pena", es decir, como respuesta a la culpabilidad: "La culpabilidad jurídicopenal del autor no es sólo culpabilidad por el hecho aislado, sino también su total culpabilidad por la conducción de su vida, que le ha hecho 'degenerar'" [20]. Esa culpabilidad por la conducción de vida abarca toda la personalidad del autor, su haberse-hecho-así por llevar una vida equivocada, y en esa medida es una concepción

18 E. Wolf, 1932, 28-31.
19 Formulada por primera vez en ZStW 57 (1938), 688 ss.
20 Mezger, ZStW 57 (1938), 688.

propia del Derecho penal de autor. La dificultad para esta teoría radica en que es casi imposible separar culpabilidad y destino (no provocado culpablemente) en la evolución de un ser humano. Posteriormente Bockelmann transformó las ideas de Mezger en una teoría de la **"culpabilidad por la decisión sobre la vida"**, para poder concebir como culpable tanto la repentina como la lenta corrupción de la actitud interna, tanto la adquisición de una posición vital equivocada como la no superación de una tendencia congénita a la asocialidad [21]: "la esencia de la culpabilidad del autor no consiste en una conducción incorrecta de la vida, pero sí en una decisión incorrecta sobre la vida". Frente a esto, Engisch [22], aunque sigue manteniendo la preponderancia de la "marca del destino" [23] en el desarrollo de la personalidad del criminal, destaca no obstante (invocando sobre todo a Schopenhauer y Simmel) la responsabilidad del individuo incluso por los rasgos no reprochables de su ser [24]: "Si un sujeto, con ciertas acciones o con un determinado comportamiento, ha puesto de manifiesto un carácter malvado, veleidoso o desordenado, tiene que responder y expiar por ese carácter, y por cierto sin consideraciones a cómo ha llegado a tener ese carácter, con tal de que sea 'persona' (o sea, no enfermo mental o inmaduro) y que haya actuado como tal (es decir, sin estar en una situación de perturbación de la conciencia, etc.)". De ese modo, la teoría del tipo criminológico de autor se vuelve a unir con la idea de la culpabilidad por el carácter, tal y como ya se había sostenido por los seguidores de Liszt (nm. 5) [25]. Hoy en día la doctrina dominante rechaza por razones propias del Estado de Derecho todas esas teorías que van más allá de la culpabilidad por el hecho concreto.

3. Legislación de guerra y tipo normativo de autor

Una ulterior transformación, de carácter totalmente distinto, de la teoría 10
del tipo de autor fue asimismo sustancialmente influenciada por medidas legislativas, concretamente por las regulaciones del Derecho penal de guerra del régimen nazi. Así las Ordenanzas contra sujetos nocivos para el pueblo, de 5-9-1939 [26], y contra delincuentes violentos, de 5-12-1939, contenían los tipos de personalidad, difícilmente captables, del "sujeto nocivo para el pueblo" y del "delincuente habitual". Los esfuerzos de la doctrina científica se encaminaron a restringir dichas leyes vagamente formuladas y con penas draconianas, sosteniendo que no debía someterse a las mismas todo aquel cuya conducta se hubiera podido subsumir en el tenor literal de dichos preceptos, sino que

---

21 Bockelmann, 1940, 145 ss. (la siguiente cita en: 153).
22 Engisch, ZStW 61 (1942), 166 ss.
23 Engisch, ZStW 61 (1942), 177.
24 Engisch, ZStW 61 (1942), 174.
25 Así tb. el propio Engisch (ZStW 61 [1942], 177).
26 Para más detalles sobre ella Werle, JuS 1989, 952.

se exigía que sólo se aplicaran los preceptos cuando el autor mediante su conducta se hubiera mostrado "conforme a su ser" como un típico "sujeto nocivo para el pueblo" o un típico "delincuente habitual" [27]. El portavoz de esta corriente fue Dahm [28], quien aplicó también la idea del tipo de autor a todo el Derecho penal tradicional. Así opinaba p.ej. que un médico no puede ser castigado por aborto conforme al § 218 si realiza una intervención "para salvar la vida de la madre, pero saltándose el obstáculo de la falta de asentimiento de la misma" [29]; pues según él, "la representación del abortista, viva en la conciencia popular", no se ajusta a este caso. Del mismo modo sostenía que p.ej. el castigo de niños (ajenos) ineducados no concuerda con el tipo del lesionador (§ 223), ni la comunicación confidencial de expresiones deshonrosas dentro del círculo familiar concuerda con el tipo del "deshonrador", que presupone el § 185, ni el hecho de que los padres permitan la relación sexual entre novios concuerda tampoco con la imagen del proxeneta (§ 181 I, n.° 2, v. a.), lo que tiene como consecuencia que esas conductas y numerosas otras no típicas de autores deben excluirse de los tipos respectivos y quedar impunes. Dahm acentuaba sobre todo el efecto restrictivo de la pena de su teoría del tipo de autor (y sobre todo también en los delitos de omisión), pero opinaba que, en vista del debilitamiento entonces vigente de la prohibición de analogía (cfr. § 4, nm. 14), en su caso también se podía fundamentar una extensión y ampliación de la punibilidad "mediante la referencia al tipo de autor" [30].

11 Esta concepción se denomina **"teoría del tipo normativo de autor"**. "Normativo" significa: que establece un baremo o módulo valorativo; es decir, que se medía el hecho concreto por el baremo de una imagen o modelo del autor típico, y sólo si el hecho se ajustaba al baremo, se subsumía en el tipo. Esta teoría del tipo normativo de autor caracteriza algo sustancialmente distinto del tipo criminológico de autor, que antes se ha expuesto: pues en tanto que en el tipo criminológico de autor lo que cuenta es que la personalidad totalmente individual del autor concuerde con las características criminológicas del delincuente habitual, del rufián, etc. (lo que constituye una constatación empírica), aquí se trata sólo de si el hecho concreto se ajusta a la representación que se hace el intérprete del modo de actuar de un típico autor (lo que presupone un juicio de valor) [31]. Por eso, en el fondo la teoría del tipo nor-

[27] Detalladamente y con citas de la jurispr., las ponencias de Mezger y Gallas sobre "Tat- und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht" ("Pena por el hecho y pena en cuanto autor, especialmente en el Derecho penal de guerra") (ZStW 60 [1941], 353 ss., 374 ss.), así como el subsiguiente informe sobre el coloquio de Bockelmann (loc. cit., 417 ss.). De la jurispr. posterior cfr. aún RGSt 74, 201, 322; 75, 295.

[28] Dahm, Der Tätertyp im Strafrecht, 1940.

[29] Dahm, 1940, 22; los siguientes ejemplos en loc. cit., 43.

[30] Dahm, 1940, 49.

[31] Cfr. Dahm, 1940, 27 s.

mativo de autor no tiene mucho que ver con el Derecho penal de autor [32], puesto que no se ocupa de la personalidad del autor, sino que lo que hace es comparar su hecho concreto con el modelo conductual representado de la acción que se espera de un típico autor de ese delito. Por tanto, esta teoría es realmente un método especial de interpretación de los tipos legales en el marco del Derecho penal de autor [33]. Y en su momento influyó incluso sobre el legislador (cfr. las expresiones "el asesino", o "como homicida", utilizadas en la versión de los §§ 211 y 212 vigente desde 1941 [34]).

Hoy en día se rechaza por lo general la teoría del tipo normativo de autor, **12**
porque suprime la exactitud de los tipos legales [35]. Tales reparos son absolutamente justificados en la medida en que se refieren a una extensión de la punibilidad que vaya más allá del tenor literal, ya que la misma es absolutamente improcedente en virtud del mandato constitucional de precisión y certeza (cfr. para más detalles § 5, nm. 28 ss.). Pero en cambio, en el campo de la restrición de la punibilidad esta teoría no es, ni ahora ni antes, totalmente obsoleta. Es cierto que Dahm no tiene suficientemente en cuenta que toda restricción de la punibilidad ha de estar amparada por el fin de la ley y que ese fin no se puede eludir invocando una "concepción popular de la vida". Así p.ej., cuando Dahm no quiere que se castigue por el § 218 la interrupción del embarazo que salva la vida a la madre, pero efectuada contra su voluntad, ni que sea punible por el § 223 el castigo aplicado a niños ajenos maleducados, está interpretando el requisito justificante del consentimiento materno y los límites del derecho de corrección saltándose a la torera de modo inadmisible la voluntad del legislador. Pero dentro del marco del fin de la ley, tal pensamiento tipológico puede ser un medio legítimo de interpretación restrictiva. Por eso, la opinión de Schmidhäuser sosteniendo "que las concretas leyes penales no precisan ninguna limitación más allá de la propia descripción del hecho" [36], no es correcta con esa generalidad. Así p.ej., la jurispr. y la doc. dom. siguen restringiendo actualmente con consideraciones de tipología del autor el tipo de la administración desleal (§ 266); asimismo, dicho enfoque puede ser valioso en los delitos omisivos para interpretar la "cláusula de la equivalencia" del § 13 I. E igualmente, múltiples casos que hoy se intenta

---

[32] Esto es algo que sólo se fue reconociendo poco a poco en la discusión de aquella época, pero que posteriomente se ha reconocido cada vez con mayor claridad, mientras que en la mayoría de los enfoques de la jurispr. antigua se mezclaba el tipo criminológico de autor con el normativo.

[33] Así ya Bockelmann, 1954, 29.

[34] Sin embargo, la jurispr. posterior (la verdad es que en contra de los deseos del legislador) no ha interpretado los §§ 211 y 212 en el sentido del tipo normativo de autor, a pesar de que de ese modo se podría haber evitado la frecuentemente criticada aplicación demasiado amplia del § 211. Sobre la importancia de la teoría del tipo de autor en la génesis del § 211 cfr. Frommel, JZ 1980, 559 ss.

[35] Cfr. Bockelmann, 1954, 29; Schmidhäuser, LB AT^2, 7/44. La enjuician positivamente Baumann/Weber, AT^9, § 10, 3 a.

[36] Schmidhäuser, LB AT^2, 7/44.

frecuentemente excluir del tipo por medio de la idea de la adecuación social (para más detalles al respecto § 10, nm. 33 ss.), fueron resueltos ya por Dahm de igual manera mediante su teoría del tipo normativo de autor [37]. Por consiguiente, tal idea sigue siendo un medio auxiliar interpretativo de (limitada) utilidad, pero a partir de ahora y desde el punto de vista del Derecho penal de autor, en el que sólo se la puede ubicar en sentido impropio, ya no se la volverá a mencionar en la siguiente exposición.

IV. Derecho penal del hecho y Derecho penal de autor en el Derecho vigente

13 Está fuera de discusión que el Derecho actualmente vigente es predominantemente un Derecho penal del hecho (cfr. ya nm. 1 s.). En cuanto al examen de la cuestión de si y dónde siguen operando hoy, junto al mismo, influencias del Derecho penal de autor, hay que distinguir entre repercusiones del Derecho penal de autor de carácter agravante y de carácter atenuante.

1. Influencias del Derecho penal de autor agravatorias de la pena

14 Se afirma que existen tales influencias en tipos de la Parte especial, en regulaciones dogmáticas de la Parte general y en la medición de la pena. Sin embargo, no se pueden reconocer en ninguno de esos tres campos.

a) ¿Tipos de Derecho penal de autor en la Parte especial?

15 Para la interpretación de los tipos de la Parte especial hoy ya no es necesario recurrir a consideraciones de Derecho penal de autor.

Los tipos de las faltas del antiguo § 361, n.ºs 3-5 (vagabundería, mendicidad, embriaguez, ociosidad) han sido derogados por la reforma del Derecho penal (desde el 1-1-1975). El tipo del rufianismo (§ 181 a), si bien ha sido mantenido frente a múltiples propuestas de supresión [38], no obstante se ha modificado en el sentido de un Derecho penal del hecho, en cuanto que ya no se castiga el modo de vida asocial-parasitario del rufián, sino que se protege la independencia personal y económica de las personas prostituidas; por tanto, el requisito de una relación entre autor y víctima más allá del caso concreto sólo pretende caracterizar la puesta en peligro de la independencia de la prostituta. Sin embargo, es cierto que (a diferencia del ap. 1) eso no queda claro en el § 181 a II, por lo que tal precepto debe ser objeto de una interpretación restrictiva en el sentido de un tipo de peligro. Del mismo modo, la profesionalidad, que fundamenta la pena en el § 180 a I-III (favorecimiento de la prostitución) no debe interpretarse en el sentido del Derecho penal de autor, sino en el de que sólo con la profesionalidad del favorecimiento se producen los peligros para la libertad de las personas prostituidas que quiere prevenir el precepto [39].

---

37 El propio Dahm (1940, 45) alude al parentesco con esa teoría.
38 P.ej. en el PA: AE BT (Sexualdelikte), 1968, 55.
39 En contra en ese punto, p.ej., Baumann/Weber, AT^9, § 9, 1.

Tampoco se apartan del terreno del Derecho penal por el hecho las agravaciones de pena en las cualificaciones por la comisión profesional y habitual (§§ 260, 292 III, 302 a II 2, n.° 2), que Jescheck [40] aduce como ejemplos de "genuina punición del autor". En efecto, en estos casos no se trata de un tipo criminológico de receptador, cazador furtivo o usurero, sino de que la comisión profesional o habitual de esos delitos, con independencia de la persona del autor, es mucho más dañosa socialmente que el hecho aislado ocasional y por eso precisa una pena superior. Por consiguiente la cualificación de la comisión cuasiprofesional no es aún suficiente para fundamentar un Derecho penal de autor, sino que para ello debería añadirse la atención a elementos especiales de la personalidad, que no se da en estos casos [41]. 16

Asimismo existe actualmente un amplio acuerdo en que también se deben interpretar conforme al Derecho penal del hecho, y no al de autor, los tipos que atienden a determinados motivos o actitudes internas del sujeto activo. Así p.ej., el hecho de matar a otro de modo "cruel" se castiga como asesinato (§ 211), y a ese respecto, según la jurispr., actúa con crueldad "quien le produzca a la víctima dolores especialmente intensos o torturas de tipo físico o psíquico por una actitud interna insensible e inmisericorde" [42]. Y para la comprobación de esa actitud no importa si el autor como tal es una persona cruel, lo que sería un punto de vista del Derecho penal de autor, sino que el BGH dice expresamente: "Tal actitud interna, que pertenece al concepto de actuación cruel, no tiene por qué radicar en el modo de ser del autor ni influir constantemente en el conjunto de su comportamiento". Basta con que el mismo haya mostrado en su hecho concreto una actitud interna falta de sentimientos y que le haya causado especiales sufrimientos a la víctima. Un homicidio así (p.ej. un hecho por celos) será "cruel" y deberá castigarse como asesinato, aunque no concuerde con la imagen de la personalidad del autor, que acaso se haya mostrado por lo demás como una persona pacífica y de buen corazón. Y otros elementos típicos del asesinato, como la "codicia" o la "alevosía", tampoco presuponen que el autor sea un sujeto codicioso o alevoso, sino sólo que en el hecho concreto haya puesto de manifiesto esos rasgos. Lo mismo rige para la interpretación de elementos típicos como "brutal" (§ 223 b), "desconsiderado" (§ 315 c I, n.° 2), etc. 17

[40] Jescheck, AT⁴, § 7 III 2; asimismo Baumann/Weber, AT⁹, § 9, 1 ("puro Derecho penal de autor").

[41] Cfr. Schmidhäuser, LB AT², 7/46; idem, 1958, 132 ss.

[42] Esta cita y la siguiente son de BGHSt 3, 264 s.

b) ¿Influencias del Derecho penal de autor en la Parte general?

18 Aquí cabe plantear en primer lugar el supuesto de que haya motivos del Derecho penal de autor que influyan en la elección del marco penal. Así ocurría en el antiguo § 20 a (nm. 8), que preveía una pena especialmente agravada para "delincuentes habituales peligrosos" y presuponía una "valoración global" de la personalidad del autor. Pero ese precepto ha sido derogado en la reforma del Derecho penal precisamente porque era incompatible con el principio de culpabilidad por el hecho. Lo propio sucede en la agravación de la pena por reincidencia del § 48 v. a., que pese a todos los esfuerzos por darle una fundamentación distinta sólo se podía explicar partiendo de la admisión de una culpabilidad por la conducción de la vida y por tanto era inconciliable con el principio de culpabilidad por el hecho; pues bien, tal precepto fue derogado, bajo la presión de la crítica contra el mismo, por la 23.ª StrÄG de 13-4-1986. Y de tal decisión legislativa cabe deducir que también hay que dar preferencia en los demás terrenos a las interpretaciones propias del Derecho penal del hecho frente a las interpretaciones eventualmente posibles en el sentido del Derecho penal de autor, en los casos en que estas últimas fundamentaran una pena más elevada.

19 El único problema condicionado por el marco penal en el Derecho vigente sigue siendo el de la imputabilidad considerablemente disminuida, en la que según el § 21 la pena "puede", pero no "tiene que" atenuarse. En este caso parece en principio lógica una interpretación en el sentido del Derecho penal de autor, que también había sido apadrinada por el antecedente inmediato del § 21, o sea, el antiguo § 51 II, introducido por la Ley de delincuentes habituales de 24-11-1933 (para más detalles § 20, nm. 37). En efecto, cabe decir que desde el aspecto del hecho concreto una culpabilidad considerablemente disminuida necesariamente ha de implicar una pena inferior; pero que, si pese a ello la atenuación sólo se prevé con carácter facultativo, entonces es que el legislador ha partido de la base de que, pese a la disminución de la culpabilidad por el hecho concreto, a veces la personalidad del autor hace que parezca inoportuna la atenuación de la pena. Sin embargo, es preferible otra interpretación distinta de la atenuación potestativa, que sea compatible con los principios de un Derecho penal del hecho; y entonces cabe la solución de considerar que en caso de imputabilidad disminuida normalmente habrá que rebajar la pena, pero que en el caso concreto no procederá la atenuación de pena cuando la disminución de la capacidad de culpabilidad se vea compensada por circunstancias del caso concreto que aumenten la culpabilidad (detalladamente al respecto y con ulteriores referencias, § 20, nm. 36 ss.). El clásico supuesto de este tipo es el de que el sujeto se emborrache imprudentemente por beber alcohol sin límites y a continuación cometa delitos en ese estado; en tal caso la disminución de la capacidad de culpabilidad al cometer

el hecho es compensada por la culpabilidad que implica el hecho de embriagarse.

También se interpretan en el sentido del Derecho penal de autor ciertas regulaciones dogmáticas que acuden a una culpabilidad previa del autor [43]. Ello sucedería en primer lugar en la imprudencia, en la que a menudo el autor ya no podía evitar el resultado en la situación concreta, pero en el pasado ha omitido dotarse de los conocimientos y aptitudes que le habrían capacitado para superar el peligro. Pero realmente es innecesario atender en este caso a una culpabilidad por la conducción de la vida, que nunca es concretamente precisable [44]. Por el contrario, la culpabilidad (por el hecho) ha de fundamentarse siempre en que el sujeto no se ha abstenido de realizar la actividad causante del resultado a pesar de que podía darse cuenta de que no estaba capacitado para efectuarla correctamente (cfr. § 24, nm. 111). Del mismo modo, la vencibilidad del error de prohibición (§ 17) tampoco se debe basar en una culpabilidad por la conducción de la vida, que podría consistir en que alguien no se ha educado para ser una persona que piense de modo jurídico. En vez de ello, hay que considerar que un error de prohibición sólo es vencible si en relación con el hecho concreto el sujeto ha tenido algún motivo (p.ej. al asumir una determinada ocupación) para cerciorarse de la licitud de su conducta (detalladamente § 21, nm. 45 ss.). Y asimismo, las alteraciones profundas de la conciencia debidas a un estado pasional provocado culpablemente (§ 20, nm. 14 ss.) y la figura de la *actio libera in causa* (§ 20, nm. 55 ss.) también pueden tratarse adecuadamente sobre la base de un puro Derecho penal del hecho, sin necesidad de acudir a la culpabilidad por la conducción de la vida. **20**

c) ¿Influencias del Derecho penal de autor en la medición de la pena?

En el § 46 se le impone al juez el cometido de tener en cuenta para la medición de la pena, entre otras cosas, "la vida previa del autor, sus circunstancias personales y económicas", pero también "su comportamiento posterior al hecho" (ap. 2). Este precepto se interpreta también con cierta frecuencia en el sentido de que en el mismo influyen elementos de Derecho penal de autor [45], mientras que la op. dom. sólo admite esos criterios de medición de la pena "como indicios de la medida de la intensidad criminal y actitud interna que se revela en el hecho" [46]. Hay que darle la razón a la op. dom. en cuanto que en todo caso la culpabilidad por la conducción de la vida nunca puede **21**

---

[43] Cfr. p.ej. Jescheck, AT[4], § 38 IV 3, según el cual debe recurrirse a la "evolución de la actitud interna del autor" para fundamentar la culpabilidad. Además Blei, AT[18], § 112 III.

[44] Así, no obstante, Haft, AT[5], 121, fundamentándolo en que el autor ha "dejado atrofiarse su inconsciente disponibilidad para actuar reaccionando de modo adecuado a los peligros".

[45] Jescheck, AT[4], § 7 III 2, § 38 IV 3.

[46] Lackner[20], § 46, nm. 36.

utilizarse para rebasar en la medición de la pena la medida de la culpabilidad por el hecho [47]; por tanto, por un hecho de escasa relevancia no se le puede castigar a nadie más gravemente porque la conducción de su vida es equivocada y hace temer su reincidencia en el delito. De lo contrario, dado que la "culpabilidad por la conducción de la vida" a menudo es "sólo una expresión conciliadora para indicar la peligrosidad" [48], serían las necesidades de prevención especial las que determinarían la cuantía de la pena y se habría anulado el efecto limitador de la pena que frente a las necesidades preventivas despliega el principio de culpabilidad (§ 3, nm. 46).

2. Influencias del Derecho penal de autor atenuatorias de la pena

22 En cambio, encontramos fuertes influencias de un Derecho penal de autor no orientado a la culpabilidad, sino puramente preventivoespecial, en la configuración de las sanciones que se quedan por debajo de la medida de la culpabilidad. Como no hay ninguna prohibición de exceso respecto de la culpabilidad que se oponga a ello, en este caso puede desplegar sus efectos sin obstáculos un pensamiento de Derecho penal de autor preventivoespecial. El mejor ejemplo lo constituye la condena condicional (§§ 56-58), cuya concesión depende en buena parte de un pronóstico sobre la conducta futura del autor, en el que según el tenor legal también hay que tener en cuenta, sobre todo, la personalidad del condenado, su vida previa y las circunstancias de su vida (cfr. § 56 I). Algo similar sucede en la amonestación con reserva de pena (§ 59) y —en menor medida— también en la dispensa (o abstención) de pena (§ 60). Y si, como aquí se propugna (cfr. § 3, nm. 48), en la medición de la pena conforme al § 46 se admite incluso, en virtud del § 46 I 2, quedar por debajo de la medida de la culpabilidad en el supuesto de que la pena adecuada a la culpabilidad hubiera de tener efectos claramente desocializadores, a estos efectos también habrá de desempeñar un papel decisivo el enjuiciamiento de la personalidad del autor. Con carácter absolutamente general cabe afirmar que la idea de un Derecho penal de autor preventivoespecial tiene aún un gran futuro en el (limitado) terreno de la medición de la pena y de la configuración de la sanción cuando se queda por debajo de la medida de la culpabilidad. Pues en ese campo concuerda con todas las tendencias de un moderno Derecho penal resocializador y simultáneamente no plantea el menor problema desde la perspectiva del Estado de Derecho.

---

[47] Detalladamente Bruns, StrafZumR, ^{2}1974, 543 ss.
[48] Bruns, StrafZumR, ^{2}1974, 545.

3. Las medidas de seguridad como expresión del pensamiento del Derecho penal de autor

No hace falta una amplia exposición para destacar que las medidas de seguridad y corrección, a diferencia de las penas, son fruto del pensamiento del Derecho penal de autor. Las mismas se han desarrollado a partir de la teoría de la prevención especial de Liszt (§ 3, nm. 12) y se orientan por principio totalmente a la personalidad del autor; y como no requieren culpabilidad, hay un amplio retroceso del hecho concreto como fundamento de la responsabilidad. Es cierto que se han introducido garantías propias del Estado de Derecho en el sistema de medidas de seguridad, y en esa medida tampoco son aquí totalmente irrelevantes el hecho y el peso del mismo. Pero en comparación con la pena se han invertido los signos: la personalidad del autor está en primer plano y el hecho sólo sirve para dar lugar a la sanción y para impedir excesos desproporcionados en su aplicación (cfr. § 62). 23

§ 7. Dogmática jurídicopenal y sistema del Derecho penal. Problemas básicos de la teoría general del delito

Bibliografía: v. Liszt, Rechtsgut und Handlunsbegriff im Bindingschen Handbuche, ZStW 6 (1886), 663 (= Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, t. 1, 1905 [reimpr. 1970], 212); v. Liszt, Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, Mitteilungen der IKV, t. 4, 1893 (= Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, t. 2, 1905 [reimpr. 1970], 75); Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1903 (reimpr. 1967); Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906; Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, Universität Gießen-FS, 1907, 3; H. A. Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911; Hegler, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915), 19, 184; Radbruch, Rechtsidee und Rechtsstoff, ARSP 17 (1923/24), 345 (= Arth. Kaufmann [ed.], Die ontologische Begründung des Rechts, 1965, 5); Grünhut, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Frank-FS, t. I, 1930, 1; Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenslehre, Frank-FS, t. I, 1930, 158; Zimmerl, Der Aufbau des Strafrechtssystems, 1930; v. Weber, Zum Aufbau de Strafrechtssystems, 1935; Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935; zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1936, [4]1950; Dahm, Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, ZStW 57 (1938), 225; Mittasch, Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik, 1939; Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), 491; Radbruch, Die Natur der Sache als juristische Denkform, Laun-FS, 1948, 157 (en eds. separata: 1960, 1964); Busch, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949; Welzel, Um die finale Handlungslehre, 1949; Mezger, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950; Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 1953, [5]1974; Nowakowski, Die Entwicklung der Strafrechtslehre in Deutschland nach 1945, JBl 1954, 134, 159; Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 1 (tb. como separata, 1955, y en: Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 19); Coing, Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft, 1956; Engisch, Sinn und Tragweite juristischer Systematik, Studium Generale 1957, 173; Schweikert, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957; Jescheck, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW 73 (1961), 179; Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, [4]1961 [= El nuevo sistema del Derecho penal, trad. de J. Cerezo Mir, Barcelona, Ariel, 1964]; Bollnow, Die Objektivität der Geisteswissenschaften und die Frage nach dem Wesen der Wahrheit, en: Maß und Vermessenheit des Menschen, 1962, 131; Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74 (1962), 515 (= Grundlagenprobleme, 72) [= Problemas básicos, 1976, 84]; Stratenwerth, Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht, SchwZStr 81 (1965), 179; Diederichsen, Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz, NJW 1966, 697; Welzel, Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre, JuS 1966, 421; Norbert Horn, Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens, NJW 1967, 601; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, [2]1967; Roxin, Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts, Radbruch-GS, 1968, 260; Schmidhäuser, Zur Systematik der Verbrechenslehre, Radbruch-GS, 1968, 268; Welzel, Ein unausrottbares Mißverständnis? Zur Interpretation der finalen Handlungslehre, NJW 1968, 425; Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969; Gimbernat Ordeig, Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?, ZStW 82 (1970), 379; Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970, [2]1973 [= Política criminal y sistema del Derecho Penal, trad. de Muñoz Conde, 1972]; Roxin, Gedanken sur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Honig-FS, 1970, 133 (= Grundlagenprobleme, 123) [= Problemas básicos, 1976, 128]; Wieacker, Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, Gadamer-FS, t. 2, 1970, 311; Dre-

her, Recens. de Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem (1970), GA 1971, 217; Heinitz, Recens. de Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem (1970), ZStW 83 (1971), 756; Müller-Dietz, Sozialwissenschaften und Strafrechtsdogmatik, en: Müller-Dietz (ed.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, 105; Roxin, Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems, ZStW 83 (1971), 369; Nowakowski, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, 19; Stratenwerth, Recens. de Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem (1970), MSchrKrim 1972, 196; Welzel, Zur Dogmatik im Strafrecht, Maurach-FS, 1972, 3; Engisch, Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition, Welzel-FS, 1974, 343; W. Hassemer, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974; Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974; Moos, Die finale Handlungslehre, en: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, t. 2, 1974, 5; Suárez Montes, Weiterentwicklung der finalen Handlungslehre, Welzel-FS, 1974, 379; Naucke, Der Aufbau, des § 330 c StGB. Zum Verhältnis zwischen Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts, Welzel-FS, 1974, 761; Fincke, Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des StGB, 1975; Otto, Dogmatik als Aufgabe der Rechtswissenschaft, en: Internationales Jahrbuch für interdisziplinäre Forschung, t. 2, 1975, 116; Jakobs, Schuld und Prävention, 1976; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, ^{2}1976; Rödig, Zur Problematik des Verbrechensaufbaus, Lange-FS, 1976, 39; Zipf, Rezension zu Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem (^{2}1973), ZStW 89 (1977), 707; Haffke, Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie, GA 1978, 33; Naucke, Grundlinien einer rechtsstaatlich-praktischen allgemeinen Straftatlehre, 1979; Schild, Die "Merkmale" der Straftat und ihres Begriffs, 1979; Volk, Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit, Bockelmann-FS, 1979, 75; Baratta, Strafrechtsdogmatik und Kriminologie, *ZStW 92 (1980), 107*; Loos, *Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis*, en: Immenga (ed.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, 1980, 261; Zipf, Kriminalpolitik, ^{2}1980; Hruschka, Das Strafrecht neu durchdenken!, GA 1981, 237; Hünerfeld, Zum Stand der deutschen Verbrechenslehre aus Sicht einer gemeinrechtlichen Tradition in Europa, ZStW 93 (1981), 979; Jescheck, Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der ZStW, ZStW 93 (1981), 3; Steiniger, Die moderne Strafrechtsdogmatik etc., ÖJZ 1981, 365; Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; Amelung, Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, JZ 1982, 617; Arm. Kaufmann, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982; Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983; Marxen, Die rechtsphilosophische Begründung der Straftatlehre im Nationalsozialismus, ARSP, Beiheft 18, 1983, 55; Rudolphi, Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, en: Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 69 [= El sistema moderno de Derecho penal: cuestiones fundamentales, trad. e intr. de J. M. Silva Sánchez, Madrid, Tecnos, 1991, 81]; Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, en: Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 1 [= El sistema moderno de Derecho penal: cuestiones fundamentales, trad. e intr. de J. M. Silva Sánchez, Madrid, Tecnos, 1991, 31]; Hruschka, Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?, JZ 1985, 1; Jäger, Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens, 1985; Naucke, Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, 1985; Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985, 341; 1986, 293; Jescheck, Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht, ZStW 98 (1986), 1; Schmidhäuser, Was ist aus der finalen Handlungslehre geworden?, JZ 1986, 109; Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988; Hirsch, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, FS der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln, 1988, 399; von der Linde, Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht?, Überlegungen zu einer funktionalen Straftatsystematik, 1988; Schmidhäuser, Form und Gehalt der Strafgesetze, 1988; Cuello Contreras, Sobre los Orígenes y Principios del Método Dogmático en la Teoría del Delito, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 113; Hirsch/Weigend (eds.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989; Hoerster, Das Adressatenproblem im Strafrecht und die Sozialmoral, JZ 1989, 10; Hoerster, Wer macht sich Illusionen?, JZ 1989, 425; Maiwald, Dogmatik und Gesetzgebung im Strafrecht der Gegenwart, en: Behrends/Henckel (eds.), Gesetzgebung und Dogmatik, 1989, 120; Polaino Navarrete, Die Strafbarkeit im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 501; Roxin, Synthese aus deutscher Sicht, en:

Hirsch/Weigend (eds.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, 203; Schmidhäuser, Illusionen in der Normentheorie und das Adressatenproblem im Strafrecht, JZ 1989, 419; Altpeter, Strafwürdigkeit und Straftatsystem, 1990; Küpper, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990; Langer, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, GA 1990, 435; Schüler-Springorum, Kriminologie als Herausforderung der Kriminalpolitik, KritV 1990, 313; Ida, Die heutige japanische Diskussion über das Straftatsystem, 1991; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, [6]1991; Maelicke/Ortner (eds.), Thema Kriminalpolitik, 1991; Runte, Die Veränderung von Rechtfertigungsgründen durch Rechtsprechung und Lehre, 1991; Schüler-Springorum, Kriminalpolitik für Menschen, 1991; Castaldo, Objektive Zurechnung und Maßstab der Sorgfaltswidrigkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, 1992; Hirsch, Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?, Spendel-FS, 1992, 43; Müller-Dietz, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft nach 1945, GA 1992, 99; Renzikowski, Wertungswidersprüche als (straf-)rechtsmethodisches Problem, GA 1992, 159; Schünemann, Strafrechtssystem und Kriminalpolitik, Rud. Schmitt-FS, 1992, 117; Tiedemann, Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts, Baumann-FS, 1992, 7; Hirsch, 25 Jahre Entwicklung des Strafrechts, en: Jur. Studiengesellschaft Regensburg (ed.), 25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland etc., 1993, 35; Wolter, Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem, 140 Jahre GA, 1993, 269.

I. Los cometidos de la dogmática y sistemática del Derecho penal

1 La **dogmática jurídicopenal** es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal [1]. Por su referencia al Derecho vigente y por sus métodos se diferencia de la **historia del Derecho penal** y del **Derecho penal comparado,** pero también de la **política criminal,** cuyo objeto no lo constituye el Derecho como **es,** sino como **debería ser** en cuanto a una adecuada disposición para sus fines [2]. La dogmática jurídicopenal alemana disfruta de una elaboración muy profunda y diferenciada (a juicio de algunos críticos, en diversos puntos incluso excesivamente sutil) y también ha sido y es influyente internacionalmente desde los tiempos de Liszt (§ 3, nm. 12) y Binding (§ 4, nm. 3) hasta hoy. Ello ocurre especialmente en su campo principal, el de la teoría del hecho punible, denominada también **teoría general del delito,** porque mediante abstracción de los tipos concretos de la Parte especial abarca los presupuestos generales de la acción punible. La dogmática de la teoría general del delito es desde siempre la parte nuclear de todas las exposiciones de la Parte general. Y también es muy importante para la formación de estudiantes en la Universidad; pues por regla general en el examen se le somete al estudiante un determinado supuesto de hecho, exigiéndole que realice un dictamen sobre si y, en su caso, cómo resultan responsables penalmente las personas intervinientes; y esa exigencia

[1] "Dogma" es un vocablo griego que significa algo así como "opinión", "disposición", "proposición doctrinal". La dogmática es la ciencia de los dogmas. Sobre el concepto y cometidos de la dogmática Maiwald, 1989, 120.

[2] Sin embargo, sobre las estrechas relaciones entre dogmática jurídicopenal y política criminal cfr. *infra* nm. 68 ss.

sólo se puede cumplir si se poseen sólidos conocimientos dogmáticos del Derecho penal [3].

La dogmática de la Parte general, de la que se ocupa este libro, no obedece a los mismos principios que la de la Parte especial: pues la Parte especial está al servicio de la protección de bienes jurídicos y contiene normas de conducta, mientras que la Parte general "se compone especialmente de reglas de validez y de imputación" [3a]. 1a

Uno de los cometidos más difíciles que encuentra la dogmática de la teoría general del delito es la formación y evolución cada vez más fina de un sistema del Derecho penal. Un "sistema" es, por decirlo con las conocidas formulaciones de Kant, "la unidad de los diversos conocimientos bajo una idea" [4], un "todo del conocimiento ordenado según principios" [5]. Por tanto, la dogmática jurídicopenal no se conforma con exponer conjuntamente y tratar sucesivamente sus proposiciones doctrinales, sino que intenta estructurar la totalidad de los conocimientos que componen la teoría del delito en un "todo ordenado" y de ese modo hacer visible simultáneamente la conexión interna de los dogmas concretos [6]. Ello suena algo abstracto, y radica en la naturaleza de las cosas el hecho de que sólo es posible hacer comprensible en toda su extensión el contenido y significación del sistema del Derecho penal mediante su exposición (y no "de entrada"). Sin embargo, cabe lograr ya la medida mínima de perspectiva que es aquí necesaria, mediante un esbozo de panorámica, ilustrada con ejemplos, sobre las categorías básicas del sistema del Derecho penal y sus problemas, a partir de los cuales posteriormente se desarrollará en detalles la teoría del hecho punible. 2

II. Conceptos básicos del sistema del Derecho penal

En la moderna dogmática del Derecho penal existe en lo sustancial acuerdo en cuanto a que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad. Por tanto, 3

---

[3] Por la importancia que tiene la dogmática de la teoría general del delito para la formación universitaria se explica que algunas exposiciones de la Parte general, como las de Stratenwerth (AT[3], 1981) y Wessels (AT[23], 1993), se limiten a ella en lo esencial.

[3a] Tiedemann, Baumann-FS, 1992, 7 (11); Tiedemann expone tb. en un breve esbozo (8/9) la evolución de la separación de PG y PE. Sobre la relación entre PG y PE además Naucke, Welzel-FS, 1974; Fincke, 1975.

[4] Kant, Kritik der reinen Vernunft, edición de la Wissenschaftliche Buchgesellschaft, a cargo de Weischedel, t. 2, 1956, 696 (= [1]1781, 832).

[5] Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft, edición como en n. 4, t. 5, 1957, 11 (= [1]1786, prefacio, p. IV).

[6] Indicaciones bibliogr. sobre conceptos de sistema jurídicamente significativos en Schünemann, 1984, 1, n. 1 [= El sistema moderno del DP: cuestiones fundamentales, trad. de Silva Sánchez, Madrid, Tecnos, 1991, 31, n. 1; N. del T.]. Schünemann denomina sistema a "una ordenación lógica de los conocimientos particulares obtenidos en la correspondiente ciencia" (loc. cit., 1) [= El sistema moderno del DP, 1991, 31; N. del T.].

toda conducta punible presenta cuatro elementos comunes (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), a los cuales puede añadirse aún en algunos casos un ulterior presupuesto de la punibilidad. Las citadas categorías básicas le dan ya a la materia jurídica, en principio no preparada, un considerable grado de orden y de principios comunes [7]. Su contenido concreto y su relación recíproca son discutidos y, según los distintos puntos de vista científicos de que se parta, presentan un aspecto diferente para cada una, como se desarrollará con más detalle en la siguiente exposición. Sin embargo, para crear una base provisional de entendimiento, a continuación vamos a explicar estos conceptos de momento de la forma más elemental y tal y como se emplean mayoritariamente en la ciencia y en la praxis.

1. Acción

4 Según lo dicho, en primer lugar ha de concurrir una "**acción**" (para más detalles al respecto § 8). Según la opinión más extendida, acción es una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad. Por tanto, no son acciones en sentido jurídico los efectos producidos por fuerzas naturales o por animales, pero tampoco los actos de una persona jurídica. No son acciones los meros pensamientos o actitudes internas, pero tampoco sucesos del mundo exterior que —como p.ej. los movimientos reflejos o los ataques convulsivos— son sencillamente indominables para la voluntad humana.

2. Tipicidad

5 Esa acción ha de ser **típica,** o sea, ha de coincidir con una de las descripciones de delitos, de las que las más importantes están reunidas en la Parte especial del CP (para más detalles al respecto § 10). Por tanto, quien p.ej. mediante una determinada acción "sustrae una cosa mueble ajena con el ánimo de apropiársela antijurídicamente", realiza el tipo del hurto (§ 242). La estricta vinculación a la tipicidad es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege* (sobre ello detalladamente § 5). Por consiguiente no es posible

---

[7] Frente a esto, Naucke, 1979, aboga por la formulación de una teoría general del hecho punible, cuya legitimación no se extraiga del Derecho positivo, sino a la que, a la inversa, se adhiera el Derecho positivo (p. 32). Según él, la actual teoría general del delito no cumple esas exigencias, sino que, como "actualidad de ayer fijamente escrita" (p. 33), "al subrayar la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad... presupone una determinada situación única del Estado y de su Derecho penal" (p. 30). Y añade que es importante "volver a aumentar la generalidad sólo escasa de la teoría actual hasta convertirla en una auténtica generalidad". Sin embargo, frente a esto hay que responder que los citados conceptos sistemáticos, como mostrará el texto que sigue, han experimentado una constante evolución en su contenido, es decir que ya no reproducen en absoluto la situación "de fines del siglo XIX" (p. 33). La estructura sistemática aquí defendida (nm. 23 ss.) precisamente pretende, sin renegar de la tradición, contribuir a configurar la evolución futura.

derivar acciones punibles de principios jurídicos generales y sin un tipo fijado, como ocurre en algunas consecuencias jurídicas civiles.

3. Antijuridicidad

La acción típica ha de ser **antijurídica,** o sea prohibida (para más detalles al respecto § 14). Por regla general lo será ya con la tipicidad, puesto que el legislador sólo incorporará una acción a un tipo cuando la misma usualmente deba estar prohibida. Pero ese indicio puede ser contradicho, ya que una conducta típica no es antijurídica si en el caso concreto concurre una causa de justificación. Tales causas de justificación proceden de todo el ordenamiento jurídico. Así p.ej., si el agente judicial entra coactivamente en la casa del deudor, habrá un allanamiento de morada típico (§ 123); pero el mismo estará justificado por las facultades del derecho de ejecución (§ 758 ZPO). Y si el padre le da una bofetada al hijo por razones educativas, realiza el tipo de las lesiones (§ 223); pero el derecho de corrección admitido por el Derecho de familia le proporciona una causa de justificación. Pero también se contienen causas de justificación en el StGB, sobre todo el derecho, extraordinariamente importante, a la legítima defensa (§ 32) y el estado de necesidad justificante (§ 34). Ante una acción típica y antijurídica se habla de "**injusto**" penal, concepto que comprende por tanto las tres primeras categorías. 6

4. Culpabilidad

Por último, la acción típica y antijurídica ha de se **culpable,** es decir, ha de poderse hacer responsable de ella al autor, la misma se le ha de poder, como mayoritariamente se dice, "reprochar" (para más detalles al respecto § 19). Para ello es presupuesto la imputabilidad o capacidad de culpabilidad (§§ 19 y 20) y la ausencia de causas de exculpación, como las que suponen p.ej. el error de prohibición invencible (§ 17) o el estado de necesidad disculpante (§ 35). La diferencia entre falta de antijuridicidad y falta de culpabilidad, entre justificación y exculpación, consiste en que una conducta justificada es reconocida como legal por el legislador, está permitida y ha de ser soportada por todos, mientras que una conducta exculpada no es aprobada y por ello sigue estando no permitida y prohibida. Unicamente no se castiga, pero por regla general no tiene por qué ser tolerada por quien es víctima de una conducta antijurídica. 7

5. Otros presupuestos de punibilidad

Una acción típica, antijurídica y culpable es por lo general punible. Pero excepcionalmente, es decir en algunos preceptos penales concretos, han de añadirse aún otros presupuestos de punibilidad para desencadenar la punibilidad. Tales presupuestos son las llamadas **condiciones objetivas de punibilidad** y la **ausencia de causas de exclusión de la punibilidad** (para más 8

detalles al respecto § 23). Una condición objetiva de punibilidad es p.ej. la garantía de la reciprocidad en la protección penal de representantes y símbolos extranjeros (§§ 102-104 a), y una causa de exclusión de la punibilidad es p.ej. la indemnidad en caso de injurias parlamentarias (§ 36). La falta de garantía de la reciprocidad no modifica en nada el hecho de que p.ej. los daños producidos en signos de la soberanía extranjera son típicos, antijurídicos y culpables; únicamente quedan sin castigo. E igualmente el insulto de un diputado a otro es también una injuria típica, antijurídica y culpable aunque tenga lugar en el Parlamento Federal; sólo que no puede ser penada.

III. Sobre la evolución histórica de la moderna teoría del delito

1. El descubrimiento de los conceptos fundamentales

9 Las categorías básicas descritas —que también se las llama "peldaños (escalones) de la estructura del delito" (cfr. sobre ello nm. 76)— han sido poco a poco desarrolladas por la ciencia en un proceso de discusión de décadas. Así aparece el concepto de acción por primera vez en el manual de Albert Friedrich Berner (1857) [8] como piedra básica del sistema del delito. La exigencia de reconocimiento de una antijuridicidad objetiva e independiente de la culpabilidad la formula poco después el gran jurista Rudolph von Jhering [9] en su escrito "Das Schuldmoment im römischen Privatrecht" ("El momento de culpabilidad en el Derecho privado romano", 1867), abriendo el camino para la época siguiente. El concepto del tipo lo crea Ernst Beling [10] en el año 1906 en su monografía, aún célebre hoy, "Die Lehre vom Verbrechen" ("La teoría del delito"). Para el desarrollo de la teoría de la culpabilidad tuvo especial importancia el escrito del gran comentarista Reinhard Frank [11] "Über den Aufbau des Schuldbegriffs" ("Sobre la estructura del concepto de culpabilidad", 1907). La evolución del sistema en su totalidad ha contado en la primera mitad del siglo con impulsos especialmente intensos por parte de Franz v. Liszt [12] y Ernst Beling, de Max

---

[8] Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, [1]1857, 138 ss. Sobre "La teoría sistemática del Derecho penal de Albert Friedrich Berner" cfr. el epílogo de Schild en la reimpresión, aparecida en 1987, de la 18.ª ed. (1898) del manual de Berner (loc. cit., 753).

[9] 1818-1892. Obras principales: Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 4 tomos, 1852-1865; Der Kampf ums Recht, 1872; Der Zweck im Recht, 2 tomos, 1877-1883.

[10] 1866-1932. Grundzüge des Strafrechts, 1899, [11]1930.

[11] 1860-1934. El ensayo citado está publicado en la Festschrift der Gießener Juristenfakultät zum 300jährigen Bestehen der Universität Gießen (1907, pp. 3 ss.). Los Comentarios de Frank "Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich" (1897, [18]1931) fueron la obra de ese tipo más importante de su tiempo y siguen siendo aún hoy muy valiosos.

[12] Cfr. sobre v. Liszt *supra* § 3, nm. 12, y § 4, nm. 3, 5; su "Lehrbuch des Deutschen Strafrechts", [1]1881, [26]1932 (tras su muerte, desde [23]1921 a cargo de Eb. Schmidt) es uno de los más importantes

Ernst Mayer [13] y Edmund Mezger [14], así como de Hans Welzel [15], el fundador de la teoría final de la acción (nm. 15).

2. Su asunción por el legislador

Los conceptos fundamentales del sistema del delito también han sido aco- 10
gidos ahora en la Parte general del StGB. Así se utiliza muchas veces el concepto de acción (cfr. v.gr. §§ 15, 16, 17, 20), que debe incluir hechos dolosos e imprudentes (§ 15) y también ciertamente la omisión (§ 13, pero distinto el § 9). En varios preceptos se enlaza expresamente con el término "tipo" (§§ 13, 16, 22). El legislador define también el "hecho antijurídico" en el sentido del StGB declarando que es "sólo el que realiza el tipo de una ley penal" (§ 11 I, n.° 5); con ello se quiere expresar que la antijuridicidad jurídicopenalmente relevante debe presuponer siempre la realización de un tipo. Asimismo, la distinción entre causas de justificación y de exculpación, que aún no utilizaba el antiguo StGB, ha sido legalmente plasmada en la nueva Parte general: así el § 32 dice respecto del sujeto que obra en legítima defensa, que actúa "de modo no antijurídico" (cfr. tb. § 34), mientras que p.ej. el autor que se encuentra en error de prohibición invencible, según la terminología de la ley (§ 17) actúa "sin culpabilidad" (cfr. §§ 20, 35). Por último el legislador, cuando en determinados casos según el tenor legal no justifica ni disculpa, sino que habla sólo de que el autor "no es penado" (§ 33) o queda "impune" (§ 258 VI), está aludiendo a que posiblemente aquí sólo falta "otro presupuesto de la punibilidad".

3. Etapas de la evolución histórica de la sistemática del delito

El trabajo científico-sistemático sin duda va considerablemente más allá del 11
mero planteamiento de esos conceptos básicos elementales. Además ha de fijar los presupuestos de las diversas categorías del delito en particular y precisar las relaciones que guardan entre sí; y por tanto aclara qué circunstancias son importantes desde el punto de vista de la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad, y cómo se comportan entre sí p.ej. acción y tipo o antijuridicidad y culpabilidad. Pero también se esfuerza por sistematizar las concretas cate-

---

manuales alemanes de Derecho penal y ha sido objeto de traducciones en muchas lenguas [en español: Tratado de DP, t. I-III, trad. de la 18.ª ed. alemana (I) por Q. Saldaña y de la 20.ª ed. alemana (II-III) por L. Jiménez de Asúa, y adiciones de Q. Saldaña, Madrid, Reus, 1914-17; 2.ª ed. españ. 1926-1929; 3.ª ed. españ.: sin fecha; N. del T.].

[13] 1875-1923. Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 1915, [2]1923.

[14] 1883-1962. Obra principal: Strafrecht, [1]1931, [3]1949 [traducc. españ.: Tratado de DP, t. I-II, trad. y notas de Derecho español a la 2.ª ed. alemana por J. A. Rodríguez Muñoz, Madrid. Ed. Rev. Der. Privado, 1.ª ed. 1935, 2.ª ed. 1946-47, 3.ª ed. (con adiciones de A. Quintano Ripollés) 1957; N. del T.].

[15] 1904-1977. Obra principal: Das Deutsche Strafrecht, 1947, [11]1969 [trad. españ. de la 1.ª parte: Derecho Penal alemán, PG, 12.ª ed. (sic.), 3.ª ed. castellana, trad. de J. Bustos y S. Yáñez, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1987; N. del T.].

gorías del delito, así como por estructurar las múltiples causas de justificación según su contexto interno o considerar las causas de exclusión de la culpabilidad bajo un único punto de referencia, que luego se puede volver a aprovechar para su interpretación. También p.ej. las clases de autoría se pueden desarrollar hasta el detalle como manifestaciones del injusto en un sistema de la teoría del autor. Todo ello será objeto de la siguiente exposición, y al respecto hay que ser consciente de que los principios de la sistematización pueden ser muy diversos y que ellos mismos constituyen a su vez un problema básico de la dogmática del Derecho penal. A continuación y de la mano de tres proyectos sistemáticos especialmente importantes, hoy ya históricos, pero que siguen influyendo en múltiples aspectos —y a los cuales posteriormente habrá que volver a referirse en profundidad constantemente—, se ilustrará lo dicho en algunas diferencias especialmente características [16].

a) El sistema clásico del delito

12 El sistema "clásico" del delito de Liszt y Beling, que se convirtió en dominante a principios de siglo, que todavía es influyente en muchos aspectos en el extranjero y cuyas categorías básicas siguen teniendo vigencia también en la dogmática alemana actual, se basaba en la hipótesis de que injusto y culpabilidad se comportan entre sí como la parte externa y la interna del delito. En consecuencia, todos los requisitos objetivos del hecho punible pertenecían al tipo y a la antijuridicidad, mientras que la culpabilidad se concebía como el compendio de todos los elementos subjetivos del delito (el denominado concepto psicológico de culpabilidad). Por consiguiente, el dolo se consideraba desde la perspectiva de esa teoría como forma de la culpabilidad.

b) El sistema neoclásico

13 La decadencia de esa teoría del delito especialmente clara y sencilla fue iniciada por el sistema "neoclásico". La causa de la reestructuración del concepto de delito operada por el mismo radicó en el hecho de reconocer que el injusto no es explicable en todos los casos sólo por elementos puramente objetivos y que, a la inversa, la culpabilidad tampoco se basa exclusivamente en elementos subjetivos. Así por ejemplo, el tipo del hurto (§ 242 I) requiere algo más que la sustracción —objetiva— de una cosa mueble ajena, que en cuanto privación o desposesión temporal de la cosa (§ 2, nm. 26) es por regla general jurídicopenalmente irrelevante; sin el elemento anímico-interno del ánimo de apropiación no se puede abarcar adecuadamente el modelo del hecho del hurto y el injusto del mismo. Por eso la doctrina se vio obligada a

[16] Una panorámica especialmente instructiva sobre las "fases de la formación del sistema del Derecho penal" la ofrece Schünemann, 1984, 18 ss. [= El sistema moderno del DP, 1991, 43 ss.; N. del T.].

reconocer la existencia de elementos subjetivos del injusto [17]. Por otra parte, también se puede perfectamente afirmar que la culpabilidad, en casos como las situaciones de estado de necesidad del actual § 35, también depende de circunstancias objetivas, y en la imprudencia inconsciente, que entonces se concebía como forma de culpabilidad, es incluso dudoso que en ella se pueda encontrar un elemento volitivo.

De ese modo, el concepto de delito denominado hoy mayoritariamente "neoclásico", que era dominante hacia 1930 y que encontró su mejor expresión en el manual de Mezger (n. 14), pudo ciertamente mantener en principio la separación entre injusto objetivo y culpabilidad subjetiva y afirmar el dolo como forma de culpabilidad, pero tuvo que reconocer ciertas excepciones y buscar por ello otra explicación distinta para diferenciar injusto y culpabilidad. Dicha diferencia se halló —y ello supone una evolución fundamental— en la distinta forma de valoración: Al afirmar la presencia de injusto se valora el hecho desde el punto de vista de su dañosidad social, y al constatar la culpabilidad se lo valora desde el punto de vista de la reprochabilidad. El entendimiento de la culpabilidad como "reprochabilidad" es lo que caracteriza al denominado concepto normativo de culpabilidad, que se ha impuesto de modo general y solamente en los últimos tiempos está siendo sometido a modificación y ulterior desarrollo (cfr. nm. 26, 64 s.). 14

c) La teoría final de la acción

A un modelo nuevamente distinto del sistema del Derecho penal llega la denominada teoría final de la acción, que ha marcado la discusión de la dogmática penal de las dos primeras décadas de la postguerra. Su punto de partida es una concepto de acción distinto del de las anteriores concepciones sistemáticas y mucho más rico en contenido. Para esta teoría la "esencia" de la acción, que determina toda la estructura sistemática, estriba en que, mediante su anticipación mental y la correspondiente selección de medios, el hombre controla el curso causal dirigiéndolo hacia un determinado objetivo, es decir, lo "supradetermina de modo final". En consecuencia, sólo habrá una acción de matar si el autor pone rumbo al objetivo con conocimiento y voluntad, o sea si mata dolosamente. De ahí se deriva como consecuencia sistemática que el dolo, que en el sistema clásico e incluso en el neoclásico se había entendido como forma de culpabilidad y del que también se consideraba componente necesario la conciencia del injusto, ahora aparece en una forma reducida a la dirección causal y se considera ya como componente del tipo. Ello supone una ulterior subjetivización del injusto, y en cambio para la culpabilidad una creciente dessubjetivización y normativización, por lo que en 15

[17] Se considera como descubridores de los mismos a H. A. Fischer, 1911, y Hegler, ZStW 36 (1915), 19, 184.

esa medida el sistema finalista está diametralmente contrapuesto al clásico. La doctrina finalista —en parte preparada e influida por v. Weber [18] y Graf zu Dohna [19]— fue fundada en lo esencial por Welzel (cfr. n. 15) [20]. Pero también se basan en ella (con diversas variaciones) el gran manual de Maurach [21] y la exposición de Stratenwerth [22], así como numerosos escritos específicos tanto en la docrina alemana como en la extranjera.

4. Bases histórico-intelectuales y filosóficas de la evolución del sistema clásico al finalista

16 La evolución de la teoría del delito en el siglo XX, que hasta aquí sólo se ha podido esbozar en sus más simples líneas básicas, pero a la que aún habrá que volver en muchas cuestiones concretas en la exposición posterior, no se ha desarrollado como una discusión meramente interna del Derecho penal, sino sobre el trasfondo de la filosofía y la historia del pensamiento [23].

17 Así el concepto clásico de delito, sobre todo en la decisiva caracterización que le había dado Liszt, estaba sustancialmente influido por el naturalismo propio de la historia del pensamiento de comienzos del siglo XIX, que quería someter a las ciencias del espíritu el ideal de exactitud de las ciencias naturales y reconducir consiguientemente el sistema del Derecho penal a componentes de la realidad mensurables y empíricamente verificables. Dichos criterios sólo pueden ser, o bien factores objetivos del mundo externo o procesos subjetivos psíquico-internos, por lo que desde ese punto de partida lo que se ofrecía era precisamente una división del sistema del Derecho penal entre elementos objetivos y subjetivos.

18 En cambio, el sistema neoclásico estaba basado predominantemente en la filosofía de los valores neokantiana, muy influyente en las primeras décadas de nuestro siglo (Windelband, Rickert, Lask), y que, apartándose del naturalismo, quiso devolverles un fundamento autónomo a las ciencias del espíritu,

---

[18] v. Weber, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935.

[19] zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1936, [4]1950.

[20] Una introducción constituye su escrito "Das neue Bild des Strafrechtssystems", [4]1961 [versión españ.: El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, trad. de J. Cerezo Mir, Barcelona, Ariel, 1964; N. del T.].

[21] Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, [1]1954, [4]1971, y desde [5]1977/78 bajo el título "Strafrecht, Allgemeiner Teil", en dos volúmenes a cargo de Zipf y Gössel [versiones en españ.: Maurach, Tratado de Derecho penal, t. I-II, trad. de la 1.ª ed. alemana y Notas de DP español por J. Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962; Maurach/Zipf y Maurach/Gössel/Zipf, Derecho Penal, Parte General, t. I y II, trad. de la 7.ª ed. alemana por J. Bofill y E. Aimone, Buenos Aires, Astrea, 1994/95; N. del T.].

[22] Stratenwerth, Strafrecht. Allgemeiner Teil I, Die Straftat, [1]1971, [3]1981 [versión españ.: Derecho Penal, Parte General, I: El hecho punible, trad. de la 2.ª ed. por G. Romero, Madrid, Edersa, 1982; N. del T.].

[23] De modo instructivo al respecto: Welzel, 1935; Schünemann, 1984, 18 ss. [= El sistema moderno del DP, 1991, 43 ss.; N. del T.].

considerando que su peculiaridad consiste en que se debe referir la realidad a determinados valores supremos en los que se basan las respectivas disciplinas, configurarla y delimitarla mediante los mismos y sistematizarla desde el punto de vista de dichos valores. Partiendo de esa perspectiva es consecuente interpretar el injusto y la culpabilidad desde los criterios valorativos de la dañosidad o nocividad social y de la reprochabilidad, como también ocurre hasta hoy de modo importante a efectos prácticos en la mayoría de los proyectos sistemáticos.

Frente a esto, la teoría final de la acción se basa filosóficamente en teorías 19
ontológico-fenomenológicas, que intentaban poner de relieve determinadas leyes estructurales del ser humano y convertirlas en el fundamento de las ciencias que se ocupan del hombre [24]. Para dicha concepción es lógico colocar un concepto básico antropológico y prejurídico como el de la acción humana en el centro de la teoría general del delito y construir a partir de la constitución ontológica de la acción un sistema, que le viene previamente dado al legislador, de estructuras (denominadas por Welzel) lógico-reales (o lógico-objetivas), sistema que en opinión de sus defensores también le debe proporcionar a la dogmática jurídicopenal perspectivas permanentes e inconmovibles.

5. La síntesis neoclásico-finalista de la teoría del delito actualmente dominante

La opinión todavía predominante en la dogmática reciente se mueve con 20
sus proyectos sistemáticos dentro del marco prefigurado por el sistema neoclásico y el finalista. Las modernas exposiciones doctrinales, en algunas ocasiones (pero cada vez más infrecuentes) enlazan aún con la estructura del delito de la concepción neoclásica (Bauman/Weber [25]), y parcialmente siguen también la teoría final de la acción (Welzel, Maurach/Zipf, Stratenwerth [26]). Pero la mayoría de los autores se esfuerzan por lograr una síntesis "entre los nuevos impulsos que debemos al finalismo, y ciertas conclusiones irrenunciables de la anterior fase de desarrollo de nuestra ciencia, determinada por el pensamiento valorativo y teleológico" [27], o sea, la teoría neoclásica del delito [28].

[24] Sobre los presupuestos filosóficos de su teoría se pronuncia en detalle el propio Welzel en el prólogo a la 4.ª ed. (1961) de "Das neue Bild des Strafrechtssystems", pp. IX-XII [= El nuevo sistema del Derecho penal, trad. Cerezo, 1964, 11-16; N. del T.].

[25] Baumann/Weber, Strafrecht, Allgemeiner Teil, [9]1985 (cfr. espec. su § 15).

[26] Cfr. n. 15, 21 y 22.

[27] Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 1 ss. (47) [= La teoría del delito en su momento actual, trad. de J. Córdoba Roda, Barcelona, Bosch, 1959, 64; N. del T.]; este ensayo constituye un escrito influyente y representativo del estado de la discusión en la época de la postguerra.

[28] En cambio, Schünemann, 1984, 46, n. 98 [= El sistema moderno del DP, 1991, 63, n. 98; N. del T.], opina que "el sistema dominante en la actualidad... debe todos sus contenidos esenciales al finalismo", por lo que no tiene por qué ser "tratado temáticamente como un período autónomo del pensamiento sistemático del Derecho penal".

21 Esta síntesis se caracteriza en la mayoría de los casos por rechazar la teoría final de la acción como teoría de la acción, pero asumiendo su consecuencia sistemática más importante, o sea el traslado del dolo al tipo subjetivo [29]. A ese respecto, el rechazo del concepto de acción finalista se fundamenta mayoritariamente en que una concepción ontológica de la acción no puede ser vinculante para un sistema de Derecho penal fundado en decisiones valorativas, y en que la definición de la acción como el control de cursos causales dirigido a un determinado objetivo no se ajusta bien a los hechos imprudentes y a los delitos omisivos. La inclusión del dolo en el tipo subjetivo se fundamenta independientemente del concepto de acción con diversos argumentos, pero sobre todo con el de que el sentido social de las acciones típicas muchas veces no se puede comprender en absoluto prescindiendo del dolo; así p.ej. la simulación de hechos falsos en la estafa (§ 263) o la falsificación de un documento (§ 267) presuponen sin más el dolo del autor. Pero junto a esto, algunos de los autores citados consideran también al dolo simultáneamente como forma de culpabilidad.

22 Sobre la base de la síntesis neoclásico-finalista se puede distinguir entre injusto y culpabilidad sosteniendo que el injusto caracteriza el desvalor de la acción (y en su caso del resultado), y en cambio la culpabilidad el "desvalor de la actitud interna" (Gallas, Jescheck, Wessels) o el "poder evitar (y consiguiente responsabilidad)" * del autor respecto de la realización antijurídica del

---

[29] En ese sentido (con diferencias en detalles concretos), de la bibliografía de comentarios y manuales: Blei, AT[18]; Bockelmann/Volk, AT[4]; Dreher/Tröndle[46]; Eser/Burkhardt, StrafR I[4] [= DP. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias, trad. de S. Bacigalupo y M. Cancio Meliá, supervisada por E. Bacigalupo, Madrid, Colex, 1995; N. del T.]; Jescheck, AT[4] [versiones españ.: Tratado de DP, PG, trad. de la 3.ª ed. y adiciones de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981; trad. de la 4.ª ed. por J. L. Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 1993; N. del T.]; LK[11]-Jescheck, antes del § 13; Lackner[20]; Otto, AT[4]; Preisendanz[30]; Sch/Sch/Lenckner[24]; Wessels, AT[23].

* La expresión del texto *"das 'Dafürkönnen'"*, aquí traducida como "el 'poder evitar(lo) (y consiguiente responsabilidad)'", literalmente significa "poder respecto de ello (de algo)", lo que no suena nada bien en castellano, por lo que en lenguaje usual se traduce como "tener la culpa (o ser culpable, o responsable) de algo", siendo más frecuente la formulación negativa: *"ich kann nichts dafür"* = "yo no tengo la culpa (o no soy culpable, responsable) de eso" (literalmente: yo no puedo —he podido— hacer nada al respecto). Pero cuando se expone que para un sector el fundamento o base de la culpabilidad es el *"Dafürkonnen"* (o *"dafür können"*) del autor, naturalmente no se puede traducir esa expresión con la versión vulgar de "tener la culpa o ser culpable el autor", porque sería una tautología; y traducirlo por la variante más culta de "ser responsable el autor" aclararía poco. Aparte de que no hay que olvidar que la estructura lingüística en alemán, que lleva a la idea de ser culpable o responsable, es el poder (*"können"*) del sujeto respecto de lo ocurrido (*"dafür"*), es decir, poder hacerlo, pero también poder hacer o lograr que no hubiera ocurrido. Ello emparenta esa expresión con otra que también utiliza la doctrina en sentido equivalente para designar el fundamento material de la culpabilidad: el "poder actuar de otro modo" (*"anders handeln können"* o *"das Andershandelnkönnen"*), que es otra forma de designar la libertad de voluntad o libre albedrío. Por todo ello, para indicar que el 'tener la culpa, o ser culpable o responsable' de la versión de aquella expresión en el lenguaje corriente es consecuencia del poder del sujeto para evitar cometer el hecho típico y antijurídico, se ha optado por la fórmula "poder evitar (y consiguiente responsabilidad)".

Sobre la utilización doctrinal de estos conceptos cfr. para más detalles *infra* § 19, nm. 18 ss. [N. del T.].

tipo. El entendimiento material, procedente del sistema neoclásico, del injusto como dañosidad (o nocividad) social y de la culpabilidad como reprochabilidad, que tampoco contradice al sistema finalista, se mantiene en las teorías modernas del delito. Y frecuentemente también se explica la diferencia entre injusto y culpabilidad afirmando que el injusto expresa un juicio de desvalor sobre el hecho, y en cambio la culpabilidad, un juicio de desvalor sobre el autor.

6. El sistema racional-final o teleológico (funcional) del Derecho penal

Aproximadamente desde 1970 se han efectuado intentos muy discutidos de desarrollar un sistema "racional-final (o teleológico)" o "funcional" del Derecho penal [30]. Los defensores de esta orientación están de acuerdo —con muchas diferencias en lo demás— en rechazar el punto de partida del sistema finalista y parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídicopenal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal. 23

Sobre esa base, en este libro [31] se intenta elaborar y desarrollar y hacer avanzar con un nuevo contenido los puntos de partida neokantianos (y neohegelianos) de la época de entreguerras, que en los sistemas neoclásicos sólo habían tenido un desarrollo insuficiente y se vieron conmovidos en la época nazi. El avance consiste sobre todo en que se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídicopenal: las bases políticocriminales de la moderna teoría de los fines de la pena. Aquí no es posible anticipar todo lo que de ahí se deriva en concreto para la dogmática y sistemática del Derecho penal, pero se ilustrará a propósito de la función de las categorías sistemáticas básicas en un primer esbozo ya en este parágrafo (nm. 53 ss.). Aquí basta con aludir a dos piezas centrales de esta concepción, especialmente importantes por sus consecuencias prácticas, y que en parte se han impuesto ya, pero en parte son objeto de una polémica especialmente viva. 24

---

[30] La primera exposición sintética la ofrece Schünemann, 1984, 45 ss. [= El sistema moderno del DP, 1991, 63 ss.; N. del T.], que es a su vez uno de los partidarios de esa orientación; desarrollándola, idem, Rud. Schmitt-FS, 1992, 117. En cambio, rechazando desde la perspectiva del finalismo ortodoxo todos los nuevos intentos, Hirsch, Köln-FS, 1988, 399 ss., que opina "que a la reestructuración del sistema producida por Welzel no le han seguido nuevas concepciones dogmáticas convincentes de naturaleza fundamental" (p. 420); similar idem, 1989, 65; 1993, 35, 49 ss. (en contra Roxin, 1989, 205 s.).

[31] De modo programático mi concepción se esboza por primera vez en: Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970, ^{2}1973 [= Política criminal y sistema del DP, trad. e introd. de F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1972; N. del T.]. Ese punto de partida ha sido desarrollado y terminado de estructurar en los grandes ensayos de Schünemann, 1984, 45 ss. [= El sistema moderno del DP, 1991, 63 ss.; N. del T.]; idem, Rud. Schmitt-FS, 1992, 117; Wolter, 140 Jahre GA, 1993, 269.

25 La primera es la teoría de la imputación al tipo objetivo. Mientras que el tipo objetivo —que para el sistema clásico agotaba el contenido del tipo, y al que los proyectos neoclásicos le añadieron sólo los elementos subjetivos del tipo y el finalismo le añadió el dolo— para las tres concepciones sistemáticas en los delitos de resultado (como los §§ 212, 223, 230 o 303) quedaba reducido en lo esencial a la mera causalidad, en cambio, el punto de partida teleológico ha hecho depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la "realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma", sustituyendo con ello por primera vez la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a las valoraciones jurídicas (para más detalles *infra* § 11). Las bases teóricas para ello fueron sentadas ya hacia 1930 por el neokantismo y neohegelianismo [32]; pero el desarrollo dogmático de esas ideas se quedó entonces en un estado rudimentario y volvió a caer pronto en el olvido.

26 Una segunda innovación central del sistema racional-final o teleológico en la forma aquí defendida lo constituye la ampliación de la "culpabilidad" a la categoría de la "responsabilidad", en cuanto que a la culpabilidad como condición ineludible de toda pena se le debe añadir siempre la necesidad preventiva (especial o general) de la sanción penal (cfr. tb. *infra* nm. 64 s., y más detalladamente en § 19, nm. 1 ss.), de tal modo que la culpabilidad y las necesidades de prevención se limitan recíprocamente y sólo conjuntamente dan lugar a la "responsabilidad" personal del sujeto, que desencadena la imposición de la pena. Esa ensambladura de la categoría tradicional de la culpabilidad con las finalidades preventivas, importante para numerosas cuestiones interpretativas, es el correlato dogmático de la teoría de los fines de la pena aquí desarrollada (*supra* § 3, nm. 36 ss.), en la que asimismo la culpabilidad y la necesidad preventiva se presentan como condiciones ciertamente necesarias, pero por sí solas no suficientes, de la pena.

27 Los intentos de lograr una fundamentación racional-final (o teleológica) del sistema del Derecho penal han conducido en el caso de otros autores a proyectos parcialmente similares y parcialmente divergentes. Jakobs, en su muy prestigioso manual [33], vuelve del revés la concepción de su maestro Welzel, al

---

[32] Mi artículo "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht" (Honig-FS, 1970, 133 ss. = Grundlagenprobleme, 123 ss.) [= "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el DP", Problemas básicos, 1976, 128 ss.; N. del T.], que pertenece a los primeros intentos de resucitar esa teoría, se remonta expresamente a trabajos previos del neokantiano Honig y del neohegeliano Larenz (loc. cit., 133 ss. y 123 ss., respectivamente) [= Problemas básicos, 1976, 140 ss. y 128 ss.; N. del T.]. Castaldo, 1992, 4 ss., enlaza las fases de la evolución de la sistemática del delito con la dogmática de la imprudencia y deriva la imputación objetiva del sistema racional-final del Derecho penal.

[33] Jakobs, Strafrecht -Allgemeiner Teil, ^{2}1991 [= Derecho Penal, Parte General, trad. de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, M. Pons, 1995; N. del T.]. Sus ideas básicas esenciales por primera vez en "Schuld und Prävention", 1976. Ultimamente, desarrollándolas y defendiéndolas frente a ataques críticos, idem, ZStW 101 (1989), 516.

partir de la base de que conceptos como causalidad, poder, acción, etc., no tienen un contenido prejurídico para el Derecho penal, sino que sólo se pueden determinar según las necesidades de la regulación jurídica [34]. Metodológicamente, la especial originalidad de su concepción sistemática estriba en el hecho de que formula la dogmática jurídicopenal en los conceptos y categorías de la teoría de los sistemas sociales (sobre todo de Luhmann). Y la peculiaridad más discutida del contenido de su teoría del delito consiste en que para él, en concordancia con su teoría del fin de la pena (sobre ella § 3, n. 23, nm. 26 s.), la culpabilidad queda totalmente absorbida en el concepto de prevención general, o sea que no la considera como algo objetivamente dado, sino que simplemente la "adscribe" conforme al criterio de lo que es necesario para el "ejercitamiento en la fidelidad al Derecho", sin tomar en consideración las capacidades del autor.

También mantiene una teoría muy independiente y peculiar del hecho pu- **28**
nible Schmidhäuser [35], que ya antes había abogado por investigar "los elementos del hecho punible atendiendo de antemano a la pena como consecuencia jurídica" [36]. Este autor desarrolla un sistema con una continua orientación teleológica, en el que los conceptos centrales son el injusto y la culpabilidad, mientras que el concepto de acción queda en un total segundo plano. El injusto se concibe como "conducta voluntaria lesiva para un bien jurídico", y la culpabilidad como "conducta mental (espiritual) lesiva para un bien jurídico", o sea como "actitud interna injusta". Hasta ahí aún se mantiene dentro de la opinión dominante. Pero la peculiaridad destacable de la concepción de Schmidhäuser estriba en que descompone el dolo atribuyendo sus componentes volitivos al injusto, y en cambio sus momentos intelectivos (entre los que incluye tanto la conciencia del hecho como la del injusto), a la culpabilidad. Con ello está más próximo al sistema neoclásico que la doctrina hoy dominante, pero de ese modo llega también a conclusiones novedosas en algunos problemas concretos.

La influencia de la dogmática teleológica y "funcional" va en aumento. Entre **29**
los autores de las grandes exposiciones dotrinales hay que incluir en esta dirección a Rudolphi [37], que está próximo a la concepción aquí sustentada; y

[34] Con razón califica Schünemann, 1984, 54 [= El sistema moderno del DP, 1991, 70; N. del T.], a esta postura como "un sorprendente renacimiento de la teoría de la formación de conceptos del neokantiano Lask, que Welzel había combatido tan vehementemente y con éxito durante casi cinco décadas".

[35] En su tratado (Lehrbuch) "Strafrecht, Allgemeiner Teil", 1970, ²1975; tb. en su curso (Studienbuch) "Strafrecht, Allgemeiner Teil", 1982, ²1984. Para más detalles sobre la concepción de Schmidhäuser, Roxin, ZStW 83 (1971), 369 ss. De la "Dogmática del Derecho penal como ciencia" ("Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft") se ocupa, con especial atención a las teorías de Schmidhäuser, su discípulo Langer, GA 1990, 435.

[36] Schmidhäuser, Radbruch-GS, 1968, 276.

[37] Cfr. solamente su Introducción a la obra, coeditada por él, "Systematischer Kommmentar" zum StGB, AT, 5.ª ed. (noviembre 1990), antes del § 1.

también hay importantes monografías que demuestran lo fructífero que es dicho punto de partida [38]. Sin embargo aún no se ha impuesto un sistema global elaborado sobre esa base, lo que entre otras cosas se debe a que los esfuerzos sistemáticos teleológicos (racional-finales) se encuentran aún en fase de desarrollo. Por lo demás tampoco hay que sobrevalorar la divergencia de los recientes sistemas del Derecho penal, cuyos defensores frecuentemente han luchado científicamente entre sí como representantes de "escuelas" contrarias; pues, sin perjuicio de todos los distintos giros dialécticos, todos los sistemas están en una misma línea de evolución continuada: Las categorías básicas, pese a todas las variaciones en su contenido, han permanecido como tales desde el naturalismo hasta hoy; y cada "fase (o época) sistemática" prosigue y hace avanzar los esfuerzos que la han precedido. Ahí radica la razón más profunda para que haya que conocer la evolución del pensamiento sistemático desde el cambio de siglo si se quiere entender el estado actual de la discusión. Ahora bien, otra cuestión distinta es la de si se les debe dar o no a los problemas sistemáticos y a la pugna en torno al sistema "correcto" la importancia que tradicionalmente se les ha atribuido en la ciencia penal alemana, cuestión de la que nos vamos a ocupar a continuación.

IV. Rendimiento y límites de la sistemática tradicional del Derecho penal; pensamiento sistemático y problemático en la dogmática del Derecho penal

30 Quien se acerca como estudiante o como profano al Derecho penal, a menudo se queda perplejo en cierta medida ante la multitud de intentos de sistematizar el Derecho penal y se pregunta por qué se les concede tanto espacio en la discusión científica. No es infrecuente encontrarse con la opinión de que éstos son problemas de carácter puramente académico, que el práctico del Derecho puede tranquilamente dejar de lado. Sólo es posible hacer frente a esas dudas de principio y conseguir tener un punto de vista propio para juzgar las principales cuestiones dogmático-sistemáticas, si uno se representa antes con la mayor claridad y referencia al caso que sea posible las ventajas e inconvenientes del pensamiento sistemático en Derecho penal, en vez de aceptar incuestionadamente, como frecuentemente ocurre, el sistema del Derecho penal precisamente en su forma de manifestación histórica dominante. Por eso la problematización que se efectúa a continuación tiene la finalidad de ir preparando la concepción que en sus líneas básicas se desarrollará después, ponderando los pros y los contras.

---

[38] Cabe citar a: Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983; idem, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988.

1. Ventajas del pensamiento sistemático

31 El penalista español Gimbernat Ordeig ha descrito así, con una impresionante referencia a la situación en países con un sistema jurídico menos desarrollado, de modo sintético las ventajas del pensamiento dogmático [39]: "La dogmática jurídicopenal, al señalar límites y definir conceptos, hace posible una aplicación segura y calculable del Derecho penal, y lo sustrae a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto más pobre sea el desarrollo de una dogmática, tanto más imprevisibles serán las decisiones de los tribunales..." E invoca el peligro de que la decisión jurídica del caso se convierta en una "cuestion de lotería": "Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, tanto más crece esa lotería, hasta llegar a una situación de aplicación caótica y sin rumbo de un Derecho penal..." A ese respecto invoca también una afirmación mía [40], que *ex negativo* pretende por contraste presentar bajo una luz favorable las ventajas del pensamiento sitemático-conceptual: "Donde están en juego pasiones humanas —y en qué proceso penal no ocurre así—, la fuente más turbia del conocimiento es un sentimiento jurídico no articulable conceptualmente." Estas tesis algo enfáticas, pero tendencialmente certeras, se pueden descomponer desde los puntos de vista que se expondrán a continuación e incluso completar con otras funciones del pensamiento sistemático.

a) Facilitar el examen del caso

32 La reunión y estructuración de todos los presupuestos de la punibilidad en un sistema dogmático tiene en primer lugar la ventaja práctica de la simplificación y dirección del examen del caso. El estudiante que tenga que realizar un dictamen sobre la punibilidad de una conducta, pero también el abogado o el juez, para valorar jurídicopenalmente los supuestos de hecho que se les sometan, procederán siguiendo el orden que está previamente marcado por la estructura del delito. Es decir, si concurre una acción, se examinará primero la tipicidad y luego la antijuridicidad, culpabilidad y los demás presupuestos de la punibilidad. Esta estructuración en determinados pasos de razonamiento ordenados en una sucesión lógica garantiza en primer lugar que todas las cuestiones importantes para juzgar la punibilidad también se examinen realmente; en cambio, si lo que se hiciera fuera un "hurgar aquí y allá", de modo no estructurado sistemáticamente y sin orden ni concierto, en la problemática jurídica del caso, existiría el peligro de pasar por alto aspectos decisivos y de tomar decisiones incorrectas. Además un esquema sistemático del examen del caso es útil para la economía del razonamiento: si p.ej. resulta que no se ha

[39] Gimbernat Ordeig, ZStW 82 (1970), 405 s. [= Problemas actuales de DP y procesal, Salamanca, 1971, 106; N. del T.]; dándole vehementemente la razón Welzel, Maurach-FS, 1972, 5.
[40] Roxin, Täterschaft, ^{2}1967, 626.

realizado ningún tipo, ya no hace falta para nada examinar la antijuridicidad y la culpabilidad; y si concurre una causa de justificación, puede prescindirse de antemano de la investigación (a veces difícil y que lleva mucho tiempo) de las causas de exclusión de la culpabilidad.

b) El orden del sistema como presupuesto de una aplicación uniforme y diferenciada del Derecho

33 Pero aun prescindiendo de la facilitación del trabajo en la práctica, sólo el sistema hace posible una ordenación de la materia jurídica diferenciando adecuadamente según el objeto. Así por ejemplo, de la clasificación sistemática de las conductas típicas impunes en causas de justificación y de exculpación, que no es conocida en absoluto en todos los ordenamientos jurídicos, se deriva una distinción conforme a criterios valorativos unitarios del inabarcable número de supuestos de "actuación en caso de necesidad"; en cambio, con un enjuiciamiento asistemático del caso concreto los resultados serían inseguros y oscilantes. Así, si alguien es agredido por un atracador, puede actuar en legítima defensa (§ 32) y estará justificado incluso aunque en caso necesario tenga que matar de un disparo en su defensa al agresor. Pero si al hacerlo alcanza a un tercero ajeno a la agresión, ya no estará justificado en cuanto a ese resultado, sino que habrá actuado antijurídicamente y sólo estará exculpado si se cumplen los requisitos del § 35 [estado de necesidad disculpante]. Ello significa que, a diferencia del agresor, el tercero puede actuar en legítima defensa contra la actuación del agredido, que frente a él supone una agresión ilegítima (aunque disculpada), y en tal defensa también puede lesionarle justificadamente. Por tanto, la ordenación sistemática distinguiendo causas de justificación y de exculpación hace posible un buen número de afirmaciones materiales, con decisiones políticocriminalmente satisfactorias y que tienen en cuenta la diversidad de los respectivos intereses. Si no tuviéramos el sistema, cada concreta situación de necesidad imaginable precisaría una regulación especial en cuanto a sus presupuestos y consecuencias jurídicas. Ello requeriría numerosos preceptos y daría lugar a una enorme masa de artículos [parágrafos en el sistema alemán] tan inabarcable como también desequilibrada y llena de lagunas al faltar un principio sistemático rector. El orden del sistema contribuye esencialmente por tanto, como muestra ya este solo ejemplo, a la uniformidad y racionalidad de la aplicación del Derecho.

c) Simplificación y mejor manejabilidad del Derecho

34 Ya con lo anterior queda claro que el razonamiento en el sistema supone además una simplificación sustancial de la aplicación del Derecho, que descarga al juez (y correlativamente al estudiante) del trabajo de orientación que sería preciso si la amplia materia jurídica se descompusiera en un gigantesco número de preceptos concretos no ordenados sistemáticamente o si se tuviera

incluso que buscar las soluciones de los problemas extrayéndolas de una masa de resoluciones prejudiciales de los tribunales dictadas en casos análogos. Y esto rige con carácter totalmente general. Así p.ej. la imposición de medidas de seguridad se vincula siempre en los §§ 63 ss. al presupuesto de que haya un "hecho antijurídico", que a su vez se define en el § 11 I n.° 5 de una vez por todas como hecho típicamente antijurídico; de ello se sigue simultáneamente *a contrario* que en ese contexto no importa la culpabilidad del sujeto. Si los presupuestos de las medidas de seguridad tuvieran que ser descritos individualmente en cada caso sin ordenación sistemática y con independencia de las categorías tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, ello implicaría extraordinarias complicaciones para la aplicación del Derecho.

d) El contexto sistemático como guía para la elaboración y desarrollo del Derecho

Por último, la sistematización de la materia jurídica, al permitir penetrar **35**
en el contexto interno de las diversas normas jurídicas y en su fundamento teleológico, hace posible incluso una elaboración creadora y de desarrollo del Derecho. Un conocido ejemplo histórico de ello es el desarrollo del antiguamente llamado estado de necesidad supralegal como una nueva causa de justificación. Si uno se pregunta qué es lo común a todas las causas de justificación pese a todas sus diferencias en lo particular, se puede comprobar que las mismas tienen por objeto respectivamente la solución de un conflicto de intereses entre dos personas. Echando mano de dos conocidas causas de justificación del Derecho civil, así p.ej. el § 228 BGB regula el conflicto de intereses entre el propietario de una cosa (o de un animal) peligrosa y el atacado, y el § 904 BGB la pugna entre las necesidades de un sujeto que se esfuerza por salvar sus intereses del peligro y las de un propietario ajeno a ello, cuya cosa es utilizada o dañada en la acción salvadora. Estos conflictos y otros regulados mediante la creación de causas de justificación son solucionados siempre por el legislador justificando **la** acción que en una ponderación del perjuicio y beneficio social implica la ventaja mayor. De ahí cabe deducir que la base común en su contenido de la conducta antijurídica, o sea la llamada antijuridicidad material, consiste en la dañosidad o nocividad social de una conducta, y que ha de estar justificada una solución del conflicto cuyo beneficio social tenga más peso que el perjuicio. Ello dio lugar al desarrollo de una teoría de la ponderación de bienes y deberes como principio sistemático rector de las causas de justificación, que finalmente fue acogida por el RG en una sentencia que causó sensación [41]: "En situaciones de la vida, en las que una acción que encaja... en el tipo externo es el único medio de proteger un bien jurídico o de cumplir un deber impuesto o reconocido por el Derecho,

---

[41] RGSt 61, 242 (254), de 11-3-1927.

la cuestión de si la acción es conforme a Derecho o no prohibida o antijurídica debe resolverse acudiendo a la proporción valorativa, que se desprende del Derecho vigente, entre los bienes jurídicos o deberes en pugna". De ese modo, mucho antes de la regulación legal del año 1975 resultó posible justificar la interrupción del embarazo por indicación médica (§ 218 a I, n.os 1 y 2), en la que coliden entre sí la vida y salud de la embarazada y la vida del feto, invocando el superior valor de la vida materna. De lo contrario se habría tenido que castigar por aborto (§ 218) a los médicos, ya que según el Derecho entonces vigente no se disponía de una causa de justificación o de exculpación escrita. El estado de necesidad "supralegal" justificante fue luego rápidamente extendido por la jurisprudencia a todos los ámbitos de la vida y ha sido acogido de forma más precisa como § 34 en la nueva Parte general del StGB vigente desde el 1-1-1975. De ese modo, el trabajo específicamente sistemático de ordenar los conocimientos bajo una idea rectora ha contribuido decisivamente al desarrollo del Derecho en ese campo.

2. Peligros del pensamiento sistemático

36 Ahora bien, pese a las ventajas descritas la interpretación del Derecho en el marco de un sistema que abarque toda la materia jurídica no es un procedimiento en sí mismo evidente ni necesariamente satisfactorio en todos los casos. Constantemente vuelve a surgir la idea de que el sistema puede dar lugar a violentar la materia jurídica y que por ello el método de decisión más adecuado para la ciencia del Derecho es la discusión de problemas referida al caso concreto. Por eso es necesario tener claras las dificultades a que también puede dar lugar pese a todo el pensamiento sistemático.

a) Olvido de la justicia en el caso concreto

37 Así en primer lugar, por el hecho de obtener la solución de problemas jurídicos de deducciones del contexto sistemático puede suceder que padezca la justicia en el respectivo caso concreto. Tomemos el ejemplo tan discutido del error de prohibición, o sea el supuesto de que un sujeto no sea consciente de la antijuridicidad de su actuación. Hacia 1930 era dominante en la ciencia la denominada teoría del dolo, según la cual el dolo presupone conocer y querer las circunstancias del hecho y además la conciencia del injusto; ese "*dolus malus*" era considerado como forma de culpabilidad (perteneciente a la parte interna del hecho) (cfr. nm. 13 s.). Por consiguiente, quien erróneamente considerara permitida su conducta objetivamente prohibida, según esa concepción no habría podido ser castigado por un hecho doloso sino a lo sumo por uno imprudente, pero por falta de incriminación de la comisión imprudente por regla general habría quedado impune incluso en caso de error de prohibición vencible.

Frente a esto la teoría final de la acción, partiendo de las bases de su sistema, ha desarrollado la denominada teoría de la culpabilidad, que llega a un resultado totalmente distinto. Dado que para ella, debido a la estructura óntica de la acción humana, la actuación dolosa consiste tan sólo en que el autor controla con conocimiento y voluntad el curso causal hacia el resultado típico (cfr. nm. 15), la conciencia de la antijuridicidad, que no tiene nada que ver con la finalidad, no puede ser un presupuesto del dolo. Al contrario, el dolo como parte subjetiva del tipo sólo comprende la finalidad en el sentido descrito, mientras que la falta de conciencia del injusto, si es inevitable, excluye únicamente la culpabilidad. Por consiguiente, quien no se dé cuenta de que su comportamiento está prohibido, actúa pese a ello dolosamente y, si su error era vencible, será penalmente responsable de un hecho doloso culpable. Y por tanto, aunque se acepte una atenuación de la culpabilidad, la pena debe tomarse siempre del marco penal del delito doloso, mientras que la teoría del dolo en el mismo caso llega a la absolución o a lo sumo a una pena por imprudencia. 38

Esta "teoría de la culpabilidad" se ha impuesto mayoritariamente en la discusión científica de las últimas décadas y el legislador la ha convertido en la base de su teoría del error en el nuevo § 17. Y también conduce en muchos casos a soluciones justas. Si p.ej. alguien maltrata gravemente a sus hijos (§ 223 b) o explota a otros con una desvergonzada usura (§ 302 a), parece absolutamente adecuado que la apelación del sujeto a que no conocía la prohibición no cambie para nada su punición por hecho doloso. En cambio, en caso de preceptos penales menos conocidos, pertenecientes a menudo al Derecho penal accesorio y con un fundamento éticosocial menos patente, ya no es sin más evidente que un sujeto que no era consciente del injusto, por la mera evitabilidad de su error tenga que ser castigado conforme al § 17 como criminal doloso. Dicho sujeto puede no haberse informado suficientemente y haber sido descuidado, pero es insatisfactorio que se le equipare en la valoración dogmática a aquel que ha infringido conscientemente la ley. Por tanto la deducción desde el sistema (aquí: la teoría finalista) puede llevar a resultados que en el caso concreto no parezcan justos ni adecuados; si se enjuiciara la conducta del autor según su situación individual y sin encuadrarla dentro de los contextos sistemáticos, se llegaría fácilmente a una solución más adecuada a la realidad (para más detalles sobre la problemática del error de prohibición, *infra* § 21). 39

b) Reducción de las posibilidades de resolver el problema

Una dificultad ulterior de la dogmática vinculada al sistema consiste en que el punto de partida sistemático ciertamente simplifica y facilita la aplicación del Derecho (cfr. nm. 32, 34), pero al mismo tiempo reduce las posibilidades de resolver el problema y de ese modo puede impedir la visión de concepciones 40

mejores. Ello se puede ilustrar muy bien con el ejemplo de la delimitación entre autoría y participación, tal como se expone según el sistema "clásico" (nm. 12, 17) basado en el naturalismo en las ciencias del espíritu (nm. 17). Si se parte de la base de que todas las circunstancias objetivas pertenecen al injusto y son reconducibles al principio de la modificación causal del mundo externo, en tal caso no se puede señalar ninguna diferencia objetiva entre autoría, inducción y complicidad (§§ 25, 26 y 27), pues las tres formas de intervención son igualmente causales respecto del resultado. Y entonces se está forzosamente obligado a buscar la delimitación en la parte subjetiva del hecho; como en efecto hizo desde el principio el Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich), que con independencia del peso objetivo de la aportación al hecho consideraba caracterizada la autoría por la "voluntad de autor", y la participación por la "voluntad de partícipe" del interviniente. Esta teoría, denominada teoría subjetiva de la participación, que es dominante en la jurisprudencia (aunque con atenuaciones sustanciales) hasta hoy, está por tanto situada absolutamente dentro de la lógica del punto de partida sistemático expuesto. En cambio, la posibilidad de delimitar autoría y participación por el peso objetivo de las aportaciones al hecho y erigir p.ej. la "dominación" del curso del acontecimiento en criterio de distinción entre autoría y participación, como actualmente hace la teoría absolutamente preponderante en la doctrina científica, es algo que está vedado de antemano desde el punto de partida conceptual de dicha concepción sistemática. Y sin embargo tal posibilidad es mucho más lógica conforme al tenor y sentido de la ley, mientras que la "voluntad de autor" es un elemento sin contenido de realidad psicológica y por eso ha provocado una considerable inseguridad jurídica en la praxis [42].

c) Deducciones sistemáticas no legitimables políticocriminalmente

41 A menudo se puede comprobar también que una conclusión deducida del sistema es ya insatisfactoria porque el problema políticocriminal de una determinada constelación de casos no es abarcado en absoluto por el contexto deductivo formado partiendo de otros puntos de vista. Como ejemplo puede servir el caso del error sobre el dolo del autor: A le da a B una pistola cargada con gases lacrimógenos incitándole a dispararle a C a las piernas; al hacerlo, A da por supuesto que B sabe que la pistola está cargada, pero B no lo nota y dispara solamente de broma a C, que sufre lesiones (§ 223 a) por ello. Aquí está claro que B, dado que ha actuado sin dolo, a lo sumo podrá ser castigado por lesiones imprudentes (§ 230). Pero en cuanto a la responsabilidad penal de A se plantea el problema de si se puede castigar a alguien por inducción a unas lesiones dolosas con arma (§ 223 a), aunque el sujeto únicamente se

---

[42] Cfr. sobre la problemática en su conjunto Roxin, Tatherrschaft, [5]1989, así como AT II, § 25, nm. 10.

haya representado erróneamente el dolo del autor ejecutante. Para los partidarios del sistema clásico y del neoclásico y para la jurisprudencia antigua (BGHSt 4, 355; 5, 47) esto era fácil de fundamentar: en efecto, como según los §§ 48 y 49 del antiguo StGB la participación sólo presuponía un hecho principal típicamente antijurídico, pero no culpable y el dolo se consideraba como elemento integrante de la culpabilidad (nm. 12-14), se podía castigar sin más por inducción al § 223 a aunque faltara el dolo en el autor.

Pero del sistema finalista se dedujo una solución distinta. Dado que según 42
esa concepción el dolo pertenece al tipo (nm. 15), en nuestro caso falta el hecho principal típicamente antijurídico requerido por la ley como presupuesto de cualquier participación. Por tanto se excluye la participación y A debe quedar impune, ya que tampoco es posible castigarle por lesiones en autoría mediata (§ 25 I: comisión "a través de otro") o por inducción intentada (§ 30 I). Esta concepción finalista se ha impuesto desde 1956 en la jurisprudencia (BGHSt 9, 370) y también ha sido acogida por el legislador de la nueva Parte general, que ahora exige expresamente en los §§ 26 y 27 para la inducción y la cooperación que se haya cometido un hecho principal doloso. En muchos casos ello garantiza resultados con pleno sentido: pues si el sujeto de atrás (en nuestro caso: A) sabe que la persona incitada por él (aquí: B) actúa de modo no doloso, no será inductor a un delito del § 223 a, sino que él mismo será castigado como autor (mediato) de unas lesiones peligrosas.

Pero como mínimo en el grupo de casos de suposición errónea del dolo del 43
autor, elegido aquí como ejemplo, la impunidad de A, que ahora hay que aceptar conforme al Derecho vigente, nos lleva a un resultado equivocado políticocriminalmente. En efecto, si como A suponía B hubiera sabido que la pistola estaba cargada, A sería indudablemente castigado como inductor. Pero si B, sin que A se diera cuenta de ello, ni siquiera tenía la menor idea, la responsabilidad objetiva de A por el curso del acontecimiento es aún mayor, y desde una perspectiva desvinculada del sistema no es convincente que el peso objetivamente mayor de la intervención junto con una idéntica disposición subjetiva de repente deba dar lugar a la absolución. Entre las razones de ese resultado indiscutiblemente desafortunado se encuentran ya los puntos de vista expuestos en a) y b). Pero la causa principal, sin duda estrechamente vinculada a aquéllas, estriba en que las dos premisas, cuya conjunción provoca la solución incorrecta (o sea, la ubicación del dolo en el tipo y la exigencia de una acción típicamente antijurídica como presupuesto de la participación), han sido elegidas cada una por sí misma y por razones que no tienen lo más mínimo que ver con el grupo de casos del error sobre el dolo del autor, por lo que tampoco pueden ofrecer una solución plausible para el mismo. Por tanto, frecuentemente se deducen del sistema más soluciones de lo que pueden soportar sus premisas, con lo que entonces ya está prefigurada la inidoneidad políticocriminal de las conclusiones.

d) El empleo de conceptos demasiado abstractos

44 Un último peligro del pensamiento sistemático consiste en que, al intentar ordenar transparentemente todos los fenómenos de la vida bajo unos pocos puntos de vista rectores, por elegir conceptos demasiado abstractos se olviden y se violenten las diversas estructuras de la materia jurídica. Así por ejemplo, la búsqueda de un concepto unitario de acción, que se acomode por igual a todas las formas de manifestación del delito, puede ya dar lugar a que la dogmática pase por alto las fundamentales diferencias materiales entre actuación dolosa, actuación imprudente y mera omisión y comience demasiado alto en la elección de sus conceptos. Durante mucho tiempo fueron dominantes teorías según las cuales v.gr. la delimitación entre actos preparatorios y tentativa (§ 22) o entre autoría y participación (§§ 25-27) tenía que efectuarse siguiendo exactamente los mismos criterios; aún hoy la ley no permite reconocer ningún criterio de diferenciación y la jurisprudencia sigue estando aún en los comienzos del desarrollo de soluciones modificativas adecuadas penalmente. Pero si se pasan por alto las diferencias existentes, hay que elegir conceptos que se mantienen en un nivel tan general que ya casi no tienen capacidad expresiva y por ello dan lugar a una considerable inseguridad jurídica.

También radica en la predilección por la abstracción una de las causas de
45 la contumaz persistencia de la teoría subjetiva de la participación (nm. 40). El olvido de todas las diversidades de la materia jurídica permite la aplicación de un criterio aparentemente igual, pero realmente carente de contenido. La verdad es que ya en el estricto grupo de los delitos comisivos dolosos la utilización de un criterio unitario de delimitación desatiende divergencias esenciales en la estructura de los tipos. Pues sólo una parte de éstos describen acciones prohibidas, como lesiones (§ 223), daños (§ 303), etc., mientras que otros, como la gestión desleal (§ 266) o la revelación de secretos privados (§ 203), castigan la infracción de determinados deberes extrapenales. De la diferente configuración de los delitos de acción y los de infracción del deber [43] se derivan diferencias significativas para la delimitación entre autoría y participación; pues sólo allí donde la acción constituye el tipo puede ser su dominación (el llamado dominio del hecho) lo característico de la autoría, mientras que en los delitos de infracción del deber la autoría no se fundamenta por ningún dominio externo, sino por la vulneración del deber, y si ésta falta, aunque haya dominio del curso del hecho, ello sólo puede dar lugar a participación.

46 Este ejemplo remite a un problema fundamental de las ciencias del espíritu. Bollnow [44] ha señalado que el peligro de todas las construcciones sistemáticas es "edificar a la ligera en el vacío de un espacio carente de realidad", indicando

[43] Para más detalles Roxin, Tatherrschaft, ^{5}1989, 352 ss.
[44] Bollnow, 1962, 147.

que hay que estar "en guardia" siempre que "el punto de partida encontrado en un ejemplo se puede trasladar sin más al otro". Según él, donde falte la "resistencia de la cosa", el sistema habrá perdido a menudo "el contacto con la realidad". Así queda caracterizado un peligro de todas las construcciones de las ciencias del espíritu, al que también sucumben con demasiada frecuencia los esfuerzos sistemáticos en el campo jurídico.

3. Pensamiento problemático

En vista de las erróneas evoluciones que según lo expuesto puede traer **47** consigo igualmente el pensamiento sistemático, cabría pensar en buscar un método científico que parta más del problema concreto y que ofrezca posibilidades de resolverlo justa y adecuadamente partiendo del mismo. Como técnica de dicho "pensamiento problemático (o pensamiento-problema)" [45] se ha discutido mucho en la época de la postguerra el procedimiento, que ya aparece en Aristóteles y posteriormente se desarrolla en Cicerón y Vico a efectos retóricos, de la tópica [46], que ha hallado gran acogida especialmente en Derecho civil. A ese respecto se entiende por tópica un método de solucionar los problemas por medio de "*topoi*"; y éstos son "puntos de vista aplicables en múltiples aspectos y aceptables con carácter general, que se utilizan en el pro y contra de lo opinado y pueden conducir a lo verdadero" [47]. Esos "puntos de vista" pueden reunirse en "catálogos de *topoi*" y discutirse en cuanto a su pro y contra en la aplicación al caso concreto, hasta conseguir una coincidencia, un *sensus communis,* sobre la solución. En su aplicación práctica en las actuales circunstancias ello podría producirse aproximadamente del siguiente modo: ante un determinado problema, como sucede con bastante frecuencia en el diálogo científico y en la discusión de las deliberaciones judiciales, primero se pondrían sobre la mesa todas las soluciones y argumentos imaginables, y después en la discusión del pro y el contra se tomaría una decisión susceptible de consenso.

Dicho procedimiento tiene también su función en Derecho penal. Es útil **48** para la "primera toma de contacto" con los campos, que también se encuentran en Derecho penal, que el legislador ha dejado abiertos (cfr. § 5, nm. 46-48, 76), así como para el trabajo, previo a la sistematización, de concreción ca-

---

[45] La expresión es inexacta en la medida en que también el pensamiento sistemático se ocupa de problemas y resuelve problemas concretos. La diferencia consiste realmente en que en el pensamiento tópico la solución no se obtiene del sistema, sino de la discusión y consenso sobre la concreta constelación de casos. Cfr. Canaris, 1969, 136 ss.

[46] Quien dio pie a la discusión fue Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 1953, [5]1974 [= Tópica y jurisprudencia, trad. de L. Díez-Picazo, Madrid, Taurus, 1964; N. del T.]. De la discusión (mayoritariamente civilista): Diederichsen, NJW 1966, 697 ss.; Horn, NJW 1967, 601 ss.; Kriele, [2]1967, 114 ss.; Canaris, 1969, 135 ss.; Larenz, [6]1991, 145 ss.

[47] Así la interpretación del concepto presente por primera vez en Aristóteles que hace Viehweg, [5]1974, 10.

suística del contenido de conceptos indeterminados y cláusulas generales. También se acomoda bien al control de las soluciones que se pueden obtener del sistema: pues como mejor se reconoce si un resultado es satisfactorio o no, es al examinar, prescindiendo del contexto sistemático, su equidad en todos los posibles aspectos políticojurídicos.

49 Pero la tópica no puede sustituir al pensamiento sistemático. En efecto, aquélla no sólo vuelve a renunciar a las ventajas prácticas de éste, como la simplificación del examen del caso y la ordenación de la materia verificable y que facilita la aplicación del Derecho, sino que según su punto de partida también es opuesta a la calculabilidad y uniformidad de la decisión judicial, de la que por mor de la seguridad jurídica el Derecho penal depende aún más que otros campos del Derecho. En última instancia, como también ha destacado la crítica extrapenal, es la vinculación a la ley de la ciencia del Derecho lo que hace que el procedimiento tópico sea inidóneo como método general de aplicación del Derecho. "La... cuestión del carácter vinculante de los puntos de vista escogidos en cada caso y de la selección entre ellos sólo puede resolverla la tópica... invocando la 'opinión de todos o de la mayoría o de los sabios', o bien el *common sense*, con lo que se pone en aguda contradicción con la teoría jurídica de la validez o de las fuentes del Derecho" [48]. En Derecho penal, debido a la prohibición constitucional de toda aplicación del Derecho (conforme al pensamiento tópico) que fundamente la responsabilidad penal *per analogiam, praeter legem* o por Derecho consuetudinario (sobre ello *supra* § 5), esa cuestión se plantea de modo mucho más perentorio aún, y en la imposibilidad de la respuesta a la misma estriba la razón por la que la discusión sobre la tópica apenas ha tenido acogida en Derecho penal. El mandato de precisión de la ley le proporciona de antemano la preeminencia al pensamiento sistemático. No obstante, a menudo se pasa por alto que es fructífera y posible hasta un cierto grado una síntesis entre el pensamiento sistemático y el problemático (para más detalles nm. 79 ss.).

V. Bases de un proyecto de sistema teleológico-políticocriminal

1. Sobre la concepción de un sistema de orientación valorativa

50 Así pues, el sistema es un elemento irrenunciable de un Derecho penal propio del Estado de Derecho. Ahora bien, cuando Hellmuth Mayer [49] dice: "Como muestra la historia dogmática, la materia puede ser abarcada por los sistemas de referencia más diversos. Todos esos sistemas son aprovechables

---

[48] Canaris, 1969, 149; asimismo Diederichsen, NJW 1966, 702.
[49] H. Mayer, StuB AT, 1967, 58.

sólo con que sean aplicados consecuentemente", sólo puede aprobarse sin reservas la primera frase; la segunda sólo sería correcta si únicamente se tratara de la ordenación externa de la materia. Pero dado que, como hemos visto, los distintos puntos de partida sistemáticos influyen considerablemente en la solución de problemas dogmáticos, y que además las ventajas y peligros del pensamiento sistemático se manifiestan respectivamente como características de determinadas concepciones, la cuestión de cuál es el sistema correcto no es, como frecuentemente se afirma, un ocioso juego con perlas falsas, sino trabajar en el Derecho correcto.

Se debe partir de la tesis de que un moderno sistema del Derecho penal ha **51**
de estar estructurado teleológicamente, o sea construido atendiendo a finalidades valorativas. Pues si la solución sistemáticamente correcta aparece como resultado de una valoración previa, estará garantizada de antemano la concordancia entre la consecuencia (congruencia) sistemática y la corrección material pretendida, cuya falta ha dado lugar a tantas dificultades. Cuando p.ej. Jescheck [50] dice que "lo decisivo ha de ser siempre la solución de la cuestión material, en tanto que las exigencias sistemáticas han de retroceder a un segundo plano", de ese modo se corrigen ciertamente en el caso concreto los defectos descritos en nm. 36 ss. de determinados puntos de partida sistemáticos, pero a costa de descuidar el sistema, sacrificando así las ventajas de éste. En cambio, cuando las finalidades rectoras se convierten directamente en configuradoras del sistema, queda de antemano garantizada la justicia en el caso concreto (nm. 37-39) en la medida en que ello es posible en un Derecho vinculado a la ley; ya que toda constelación de casos se reconduce al fin de la ley. Por la misma razón, el sistema sólo puede descartar aquellas soluciones de problemas (nm. 40) que sean incompatibles con sus fines. También queda excluida la posibilidad de que las soluciones se produzcan como conclusiones de necesidades sistemáticas axiológicamente ciegas (nm. 41 ss.), puesto que en tal caso ya no estarían cubiertas por el punto de partida sistemático. Es cierto que incluso en un sistema teleológico siempre pueden seguir aflorando contradicciones valorativas insatisfactorias en el caso concreto; pero se pueden eliminar mediante correcciones del sistema —y precisamente ahí radica el progreso científico en este campo— o, cuando se deban a disposiciones legales vinculantes, ponerlas de manifiesto preparando el trabajo para futuras modificaciones legales.

Las finalidades rectoras que constituyen el sistema del Derecho penal sólo **52**
pueden ser de tipo políticocriminal, ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho penal. Desde ese punto de vista, las categorías básicas del sistema tradicional se presentan como ins-

[50] Jescheck, AT⁴, § 21 I 2.

trumentos de valoración políticocriminal, por lo que como tales también son irrenunciables para un sistema teleológico [51].

a) La acción

53 En consecuencia, la afirmación de que alguien ha llevado a cabo una acción es el resultado de una valoración del contenido consistente en que ha de podérsele imputar a alguien como conducta suya un suceso que parte de él o un no hacer. Por tanto, la unidad de la acción no es definida por un algo empíricamente preexistente (ya sea la causalidad, la conducta voluntaria o la finalidad) y que estaría por igual en la base de todas las manifestaciones de conducta punible, sino sólo por la identidad del aspecto valorativo: Un hombre habrá actuado si determinados efectos procedentes o no del mismo se le pueden atribuir a él como persona, o sea como centro espiritual de acción [52], por lo que se puede hablar de un "hacer" o "dejar de hacer" y con ello de una "manifestación de la personalidad" (detalladamente al respecto § 8, nm. 42 ss.). Aunque la afirmación de la existencia de una acción aún no lleva unida ninguna valoración negativa (ni tan siquiera provisional, pues tanto las conductas socialmente provechosas como las dañosas son igualmente acciones), no obstante tras esa categoría se encierra un fin políticocriminal: con independencia de su apariencia externa y de las consecuencias causales de la presencia humana, al valorar algo como no-acción queda excluido todo lo que de antemano no es encuadrable en las categorías de lo jurídicamente permitido o prohibido.

b) El tipo

54 En el tipo se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de pena; es decir: independientemente de la persona del sujeto concreto y de la concreta situación de la actuación, una acción se declara punible para el caso regular (o sea, a reserva de especiales situaciones y circunstancias de la vida). El fin políticocriminal de dicha conminación penal abstracta es preventivogeneral: Al acogerse una determinada conducta en un tipo se pretende motivar al individuo para que omita la actuación descrita en el mismo (o en los delitos de omisión, para que lleve a cabo la conducta ordenada) [53].

---

[51] Cfr. tb. las manifestaciones, orientadas en la misma dirección, de Rudolphi, 1984, 69 ss.

[52] En ese sentido es por tanto totalmente correcto que Rödig, en su proyecto de una teoría bipartita del delito (Lange-FS, 1976, 56), hable en el injusto de una "directriz de acción dirigida al (potencial) autor". Sólo que está infravalorando (como anteriormente también yo mismo) la función autónoma del tipo.

[53] El texto parte por tanto, coincidiendo con la op. absolutamente dom., de que las normas del Derecho penal se dirigen a los ciudadanos. Frente a esto, Schmidhäuser, 1988, considera destinatarios exclusivamente a los órganos estatales encargados de la persecución del delito. Contra Schmidhäuser con razón Hoerster, JZ 1989, 10; idem, JZ 1989, 425; contra Hoerster a su vez Schmidhäuser, JZ 1989, 419.

La finalidad preventivogeneral conduce ya de entrada a una doble vía en la interpretación. Por una parte, todo tipo ha de ser interpretado según el fin de la ley (teleológicamente), es decir, de tal manera que se abarquen completamente las conductas desaprobadas legalmente y por tanto carezca de lagunas el efecto motivador preventivogeneral. Pero por otra parte, una prevención general eficaz también presupone una precisión de la ley lo más exacta y fiel a su tenor que sea posible, como lo exige el el principio *nullum crimen sine lege* (art. 103 II GG) incluso constitucionalmente (sobre la conexión históricamente existente entre principio de legalidad, tipo y prevención general cfr. § 5, nm. 22 s.). De ese modo el tipo se encuentra de antemano en el campo de tensión entre fin de la ley y precisión de la ley. Cómo se debe resolver el conflicto entre ambas finalidades inmanentes a la prevención general es algo que ya se ha expuesto (*supra* § 5, nm. 28). 55

Pero no sólo la prevención general con sus tendencias ambivalentes, sino también el principio de culpabilidad imprime ya carácter al tipo. Un cometido esencial de la teoría de la imputación objetiva (nm. 25) consiste precisamente en excluir del tipo objetivo, frente a su anterior entendimiento puramente causal, las lesiones de bienes jurídicos producidas por casualidad o como consecuencia de un *versari in re illicita* [54], por infringir el principio de culpabilidad. Así pues, la necesidad abstracta de pena bajo el aspecto de la prevención general y el principio de culpabilidad son los criterios políticocriminales rectores del tipo; y únicamente la prevención especial es ajena a la interpretación del tipo, ya que la misma presupone un delincuente concreto, que aquí no desempeña aún ningún papel. 56

c) El injusto

En la categoría del injusto se enjuicia la acción típica concreta, incluyendo todos los elementos reales de la respectiva situación, conforme a los criterios de la permisión o prohibición. En este tercer "escalón del delito" debería hablarse de "injusto" y no de mera "antijuridicidad". Pues así como el tipo acoge dentro de sí la acción (sólo las acciones pueden ser típicas), el injusto contiene acción y tipo: sólo las acciones típicas pueden ser injusto penal. En cambio, la antijuridicidad no es una categoría especial del Derecho penal, sino de todo el ordenamiento jurídico: hay conductas que pueden ser antijurídicas para el Derecho civil o el Derecho público y no obstante ser irrelevantes a efectos penales; y las causas de justificación también proceden de todos los campos del Derecho, lo que no deja de ser importante para los criterios rectores del injusto (nm. 61-63). 57

---

[54] = como consecuencia de una conducta antijurídica cualquiera, no referida al tipo concreto.

58 En el aspecto políticocriminal el juicio de injusto se caracteriza por tres funciones: soluciona colisiones de intereses de forma relevante para la punibilidad de uno o varios intervinientes (nm. 59); sirve de punto de enlace para las medidas de seguridad y otras consecuencias jurídicas (nm. 60); y entrelaza el Derecho penal con todo el ordenamiento jurídico e integra sus valoraciones decisivas (nm. 61-63).

59 En primer lugar, el injusto desliga el hecho de la abstracta tipificación del tipo: sitúa el hecho en el contexto social y contiene, desde el punto de vista de lo que está prohibido o permitido (en este caso como exclusión del injusto), una valoración de los conflictos de intereses que se derivan de la interacción social; v.gr. entre agresor y defensor (§ 32), entre el salvador y quien debe sacrificar su propiedad y otros bienes jurídicos para la salvación de otros (§§ 904 BGB, 34), entre el Estado ejerciendo la persecución penal y el ciudadano sospechoso (§ 127 StPO), etcétera. Quien en un caso así de conflicto de intereses se entrometa en un bien jurídico típicamente protegido sin estar amparado por una causa de justificación, comete un injusto; o sea, dicho materialmente: se comporta de modo no tolerable y socialmente nocivo. Con ello es cierto que (al igual que con la realización del tipo) aún no se ha dicho nada definitivo sobre la punibilidad (ya que aún puede concurrir una causa de exclusión de la culpabilidad o de la punibilidad). Pero el injusto sí que caracteriza, como dañosidad o nocividad social concreta e intolerable de una conducta, la punibilidad típica (o sea, normal, a reserva de las excepciones citadas) de forma menos abstracta que el tipo, y en esa medida está, como éste, marcado por valoraciones políticocriminales (cfr. tb. nm. 61 s.). Cuando esté excluido el injusto, ello fundamenta además un deber de tolerancia de la otra parte que hace que la resistencia de ésta que encaje en un tipo resulte a su vez un injusto y con ello típicamente (normalmente) punible, por lo que la valoración políticocriminal siempre ha de tener presente el doble aspecto de que la exoneración penal de uno tiene como consecuencia la responsabilidad penal del otro.

60 En segundo lugar, el injusto es políticocriminalmente importante como presupuesto fundamental de todas las medidas de seguridad (cfr. §§ 61 ss.). Dado que la intolerable nocividad social constituye el contenido material del mismo, sólo es preciso que se añada la peligrosidad perdurable del autor para desencadenar medidas de seguridad o corrección del Estado. Y como a menudo también es un indicio de la peligrosidad precisamente la forma y clase de realización del injusto, por primera vez penetran también en el injusto valoraciones preventivoespeciales. Además hay que mencionar ya aquí que tanto la participación (§§ 26 y 27) como el encubrimiento (§ 257) enlazan con el injusto del hecho principal, y que también el error de prohibición (§ 17) se refiere al injusto: Así como la peligrosidad añadida al injusto hace necesario aplicar medidas, así también los elementos adicionales a la cooperación en el

injusto o a la propia comisión del injusto que son la culpabilidad y la necesidad preventiva de pena fundamentan la responsabilidad del sujeto individual, que desencadena la pena.

En tercer lugar y por último, el Derecho penal, al reconocer en la valoración 61 del injusto causas de justificación de todo tipo y procedentes de todos los sectores del ordenamiento jurídico, tiene en cuenta los intereses de otros campos del Derecho y garantiza así la unidad y falta de contradicción del ordenamiento jurídico. El Derecho penal protege en las causas de justificación intereses individuales con impacto comunitario (§§ 32 y 34), finalidades de política familiar (como en el derecho de educación y corrección que tienen los padres), necesidades del proceso penal (derecho de detención y otros numerosos derechos de intervención), medidas del Derecho de ejecución forzosa (agentes judiciales) y otras numerosas intromisiones de Derecho público.

Es cierto que la mayoría de las causas de justificación no están reguladas 62 en el Derecho penal y que su efecto justificante tampoco vale sólo para el Derecho penal (sino asimismo p.ej. para acciones impunes, pero civilmente prohibidas, como las desposesiones o las intromisiones en el derecho general de la personalidad). De ahí se podría deducir que las finalidades políticocriminales son irrelevantes para la dogmática y sistemática de las causas de justificación. Pero ésa sería una deducción prematura. Pues por una parte, ya en el campo del tipo la protección en caso necesario de intereses individuales y colectivos socialmente relevantes es un cometido del Derecho penal; y lo único que se hace con la consideración de las causas de justificación es continuarlo en el injusto. Y por otra parte es innegable que las causas de justificación cobran su mayor importancia práctica en caso de intromisiones en bienes jurídicos penalmente protegidos, con lo que entran aquí en un campo de tensión tendencias en parte altamente explosivas y contrapuestas, que resultan determinantes para la interpretación. Así p.ej. los derechos de intervención procesales y otros de Derecho público pretenden asegurar el cumplimiento de funciones esenciales del Estado; y garantizarlo mediante una interpretación acorde con ese fin, que proteja al funcionario en el desempeño de su cargo e impida la resistencia, es con toda seguridad una finalidad políticocriminal legítima. Pero por otro lado, la protección de la libertad individual frente a excesos estatales e intromisiones desproporcionadas no es menos importante y constituye una tarea interpretativa del mismo rango. Indudablemente la producción de ese balance normativo no pertenece sólo al Derecho penal, sino que es codeterminada por datos previos del Derecho constitucional y administrativo. Pero ello no se opone a considerar los fines políticocriminales como criterio de la dogmática [54a], sino que sólo prueba que los distintos campos del

---

[54a] Así, sin embargo, al parecer la amplia crítica de Runte, 1991, 311 ss.

Derecho no están aislados entre sí, sino que se complementan y apoyan recíprocamente.

63 Una sistematización de las causas de justificación sólo es posible en la medida en que éstas se pueden explicar por la combinación de diversos principios de ordenación social (principio de ponderación de bienes, principio de protección, principio del prevalecimiento del Derecho, principio de autonomía, etc.) (cfr. para más detalles § 14, nm. 37 ss., y respecto de la norma central de intromisión que supone el estado de necesidad justificante, § 16, nm. 3 ss.). Esos principios deciden, según concepciones políticocriminales rectoras diferentes en cada caso, sobre la utilidad o nocividad social y con ello sobre lo justo o injusto de una intromisión típica. También modifican el principio *nullum crimen sine lege,* en cuanto que éste no está aquí necesariamente vinculado al tenor literal, aunque sí a las finalidades en las que se basan los principios ordenadores. Esta modificación se explica porque las causas de justificación pertenecen a todos los campos del Derecho y por eso no están sometidas a unas exigencias de precisión tan estrictas como las reglas exclusivamente jurídicopenales (para más detalles § 5, nm. 42).

d) La responsabilidad

64 En la categoría delictiva de la "responsabilidad" (sobre ella ya *supra* nm. 26) se trata de saber si el sujeto individual merece una pena por el injusto que ha realizado. El presupuesto más importante de la responsabilidad es, como es sabido, la culpabilidad del sujeto (sobre el principio de culpabilidad y su fundamentación incluso constitucional según la doc. dom., cfr. ya § 3, nm. 46 s.; detalladamente sobre la culpabilidad *infra* § 19, nm. 16 ss.). Pero ésta no es el único presupuesto, sino que debe añadirse además una necesidad preventiva de punición (cfr. nm. 26 y detalladamente § 19, nm. 1 ss.). Así p.ej., en el denominado estado de necesidad disculpante (§ 35) el autor no sólo actúa antijurídicamente, sino que también **puede** actuar de otro modo y se comporta por ello culpablemente, como se desprende ya del dato de que en los supuestos [de superior exigibilidad] del § 35 I 2 tiene que soportar el peligro y se le castiga si no lo hace. Si no concurre un supuesto excepcional así, la impunidad no se fundamenta por tanto en la falta de culpabilidad, sino que se debe a que en tales situaciones extremas el legislador no considera que haya una necesidad de pena ni preventivoespecial ni general, con lo que por esa razón queda excluida la responsabilidad penal (para más detalles *infra* § 22, nm. 4 ss.). Lo mismo sucede en el exceso en la legítima defensa (§ 33) y en otras constelaciones que aún habrá que discutir.

65 De ese modo la responsabilidad se presenta en el campo de las determinaciones de la punibilidad como la realización dogmática de la teoría políticocriminal de los fines de la pena (*supra* nm. 26) y por regla general como una

prescripción dirigida al juez para que imponga una sanción [55]. Dentro de esta categoría la concepción básica políticocriminal no se aplica al **hecho** (en el sentido de su necesidad abstracta de pena o de su prohibición concreta), sino al **delincuente,** en cuanto que se pregunta por su necesidad individual de pena.

e) Otros presupuestos de la punibilidad

Por último, los restantes presupuestos de la punibilidad, que sólo desem- **66**
peñan un papel en algunos pocos preceptos penales, contienen una decisión sobre la necesidad de punición desde puntos de vista situados fuera de la teoría de los fines de la pena y que por consideraciones ajenas al Derecho penal (p. ej. políticas o de Derecho público) precisamente se cruzan en el camino de dichos objetivos penales (en detalle § 23, nm. 21 ss.). Son por tanto cuerpos extraños dentro del Derecho penal y hacen valer, de modo distinto a las causas de justificación (nm. 61-63), otros intereses que aquí reclaman incluso la prioridad frente a las genuinas finalidades jurídicopenales.

Para ilustrarlo con los ejemplos manejados *supra* (nm. 8): si un sujeto que **67**
actúa responsablemente ataca o denigra a representantes o símbolos extranjeros, es merecedor de pena. La circunstancia de que el § 104 a haga depender además la punición de que esté garantizada la reciprocidad dimana de motivos puramente de política exterior, concretamente del deseo de que se vean protegidos del mismo modo los intereses alemanes en el extranjero. Y si las injurias en el parlamento quedan impunes, ello no se puede explicar desde puntos de vista jurídicopenales, sino sólo por el hecho de que se pretende que el trabajo parlamentario y la libre expresión dentro de los gremios legislativos no sean impedidos por múltiples procesos por injurias o por el temor a los mismos. Por tanto, es una finalidad jurídicopolítica la que está detrás de esa causa de exclusión de la punibilidad.

2. Dogmática jurídicopenal y política criminal

Si por consiguiente las valoraciones políticocriminales fundamentan el sis- **68**
tema del Derecho penal y la interpretación de sus categorías, necesariamente se plantea la cuestión de la relación entre dogmática jurídicopenal y política criminal [56]. Tradicionalmente se plantean dichas disciplinas más bien en una relación recíproca antagónica. El categórico aforismo de Liszt: "El Derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal" [57] sigue influyendo

---

[55] Rödig, Lange-FS, 1976, 57, habla aquí de una "norma dirigida al órgano estatal competente para imponer la pena, y relativa a la clase y presupuestos de una intervención penal respecto del autor".

[56] Ampliamente al respecto y coincidente en muchos puntos (¡no en todos!) W. Hassemer, 1974.

[57] v. Liszt (1893), en: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, t, 2, 1905 (reimpr. 1970), 80. Más detalles al respecto en mi escrito "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem", 1970, [2]1973 [= Política criminal y sistema del DP, trad. e introd. de Muñoz Conde, 1972; N. del T.].

hasta hoy. Sin embargo, esa conocida frase aparece en von Liszt como respuesta a la cuestión de si la "osada nueva construcción de la política criminal", introducida por la escuela sociológica del Derecho penal no tendría que llevar a derruir "ese despreciado edificio de intrincados conceptos que denominamos Derecho penal" y a sustituirlo por esta única frase: "todo ser humano peligroso para la comunidad debe ser inocuizado en interés de la colectividad todo el tiempo que sea necesario". Y entonces Liszt, por razones propias del Estado de Derecho liberal, opone frente a esa concepción la idea del Derecho penal como "Carta magna del delincuente" (cfr. § 5, nm. 3) y como baluarte del ciudadano contra el "Leviatán del Estado". Lo correcto de esa idea con toda seguridad es que la tensión entre la lucha preventiva contra el delito y la salvaguarda liberal de la libertad constituye un problema que actualmente tiene una importancia no inferior a la que tenía en tiempos de Liszt (cfr. detalladamente § 3). Pero la que está superada es la hipótesis de que en esa tensión se expresa una contraposición entre política criminal y Derecho penal: pues el principio *"nullum crimen sine lege"* es un postulado políticocriminal no menor que la exigencia de combatir con éxito el delito; y no sólo es un elemento de la prevención general (nm. 55; § 3, nm. 21 ss.; § 5, nm. 22 s.), sino que la propia limitación jurídica del *ius puniendi* es también un objetivo importante de la política criminal de un Estado de Derecho [58]. Por tanto, de la elaboración sistemática de exigencias del Estado de Derecho no se puede obtener ningún argumento a favor de la contraposición entre Derecho penal y política criminal o en contra de la sistematización conforme a puntos de vista rectores de política criminal.

69 Ahora bien, también se puede llegar a la tesis de que el pensamiento dogmático penal y el políticocriminal están estrictamente separados si se considera —lo que es correcto como punto de partida (cfr. nm. 1)— como objeto de la dogmática jurídicopenal el Derecho vigente (el Derecho tal como es), y en cambio como objeto de la política criminal la configuración deseable del Derecho (el Derecho como debería ser). Dogmática y pensamiento sistemático serán entonces formas de la hermenéutica, o sea de la interpretación comprensiva de un texto previamente dado, mientras que la política criminal se preocupará de desarrollar e imponer nuevas concepciones de los fines jurídicopenales [59]. Pero de ese modo se exagera la diferencia (ciertamente existente) entre dogmática y política criminal. En efecto, la aplicación del Derecho es, como ya sabemos (§ 5, nm. 27-32), mucho más que la aplicación, subsumible

---

[58] En cambio, la vieja posición de Liszt sigue siendo repetida hoy por Stratenwerth (en una recensión de mi escrito "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem" [1970] en: MSchrKrim 1972, 196 s.; ver al respecto mi crítica en la 2.ª ed. [1973], 45 s.). Exactamente igual que aquí, en cambio, la recensión de Heinitz, ZStW 83 (1971), 756 ss. (759).

[59] Cfr. al respecto p.ej. Zipf, ZStW 89 (1977), 707 ss. (708), en su recensión de la 2.ª ed. de mi trabajo cit. en n. 58.

en el procedimiento de conclusión lógica, de una ley ya determinada en sus detalles; más bien es la concreción del marco de la regulación legal, y en la elaboración creadora (o sea, desarrollo y sistematización) de las finalidades legislativas ella misma es política criminal revestida del manto de la dogmática. Por tanto, la misión interpretativa de la dogmática requiere ya una sistematización bajo aspectos teleológico-políticocriminales. En consecuencia, el Derecho como es y el Derecho como debería ser no son aspectos contrapuestos en la medida en que lo que hay que elaborar interpretativamente como Derecho vigente supone el resultado de la ulterior reflexión que hay que efectuar sobre las concepciones y finalidades del legislador. El dogmático (sea científico o juez) debe por tanto argumentar políticocriminalmente como el legislador; en cierto modo tiene que acabar de dibujar en todos sus detalles la imagen o modelo del Derecho vigente que el legislador sólo puede trazar a grandes rasgos [60].

Sin embargo, eso no significa que la política criminal dogmática y la legis- **70**
lativa tengan las mismas competencias; dicha hipótesis equipararía al juez con el legislador e infringiría el principio de división de poderes y de legalidad. Por el contrario, la dogmática (incluyendo la sistemática de la teoría general del delito) tiene que ejercer política criminal en el marco de la ley, es decir dentro de los límites de la interpretación. Por ello choca en la interpretación del Derecho vigente con las dos barreras que ya conocemos (§ 5, nm. 27-32): no puede sustituir las concepciones y finalidades del legislador por las suyas, y tampoco puede, allí donde en la Parte general rige el límite del tenor literal del principio de legalidad, procurar imponer el fin de la ley en contra de un tenor literal opuesto a ello. Ambas cosas precisan una breve explicación.

De la vinculación de la dogmática a las finalidades políticocriminales del **71**
legislador se deriva p.ej. que en el desarrollo de los principios ordenadores que en las colisiones de intereses deciden sobre la utilidad o nocividad social y con ello sobre la antijuridicidad de una conducta (cfr. nm. 63), lo decisivo son los principios deducibles del ordenamiento jurídico, y no las concepciones valorativas personales del intérprete. E igualmente sucede en la categoría de la responsabilidad, si se la interpreta y sistematiza según los puntos de vista políticocriminales de la teoría de los fines de la pena (cfr. nm. 64), que no depende de las opiniones que tenga el científico o el juez sobre los fines de la pena, sino que hay que tomar como base los objetivos que se pueden extraer de las causas de exculpación expresamente descritas en la ley y de los aspectos jurídicoconstitucionales que en su caso las informan.

---

[60] Para más detalles sobre la relación entre dogmática y legislación en Derecho penal, Maiwald, 1989, 120, que subraya "que no existe un límite preciso entre política criminal, Derecho constitucional y dogmática del Derecho penal".

72 Pero por otra parte esa vinculación le permite también a una dogmática que argumente políticocriminalmente la libertad de elaborar nuevas perspectivas; pues precisamente en la Parte general el legislador ha regulado muchas materias sólo con rasgos vagos o no las ha regulado en absoluto (cfr. § 5, nm. 46-48, 76), por lo que aquí la transformación de los principios rectores del Derecho penal en Derecho aplicable se ha dejado casi por completo en manos de la dogmática. Además, incluso los principios que rigen al legislador frecuentemente son algo de lo que éste, que no es una persona individual, no ha llegado a ser consciente, sino que sólo pueden obtenerse de la interpretación de múltiples preceptos concretos y han de ser expuestos a la luz del conocimiento. Del mismo modo que a veces el intérprete puede entender mejor un texto literario que el propio autor, también puede a menudo el científico o el juez instruir al legislador sobre los principios que se desprenden de sus normas, pero que él mismo no ha tenido presentes con claridad. Así p.ej. el desarrollo del estado de necesidad supralegal (nm. 35) fue un producto de la dogmática creadora que, aunque se mantenía dentro del marco de la ley, ha hecho posibles soluciones de conflictos sociales que no había imaginado el legislador.

73 Los límites de lo dogmáticamente admisible se traspasan en cambio cuando se elige una solución por razones políticocriminales —por muy loables que sean— para eludir una finalidad legislativa que se considera equivocada. Un conocido ejemplo de ello es la rigidez de la pena de reclusión perpetua con la que se castiga el asesinato (§ 211), que los tribunales consideran (¡con razón!) que en algunos casos es demasiado dura y políticocriminalmente equivocada. Y por eso en ocasiones han interpretado la ley (§§ 25-27) calificando sólo como complicidad pese a haberse cometido de propia mano el asesinato, para poder aplicar un marco penal atenuado (§ 27 II)[61]. Ello da lugar sin duda a un resultado deseable, pero es dogmáticamente incorrecto, puesto que quien "comete... por sí mismo" el hecho es autor no sólo según el tenor literal del § 25 I, sino también según el sentido de la autoría como tipicidad (cfr. nm. 45). La ilegal transformación en una complicidad supone en definitiva una corrección de la (incorrecta) decisión sobre el marco penal adoptada en el § 211 por el legislador, corrección que le está vedada al juez. En un caso así a la dogmática sólo le queda el recurso de apelar al legislador. Y la solución adoptada posteriormente por BGHSt 30, 105 ss., de acudir al marco penal atenuado del § 49 I 1 ante la falta de proporcionalidad de la pena de prisión perpetua, que excede de la medida de la culpabilidad, también está expuesta a similares reparos; pues, aun en el hipotético caso de que fuera inconstitucional la pena de prisión perpetua, el juez no puede usurpar el lugar del legislador fijando autónomamente nuevos marcos penales. La solución correc-

[61] Cfr. sobre ello Roxin Tatherrschaft, [5]1989, 562 ss., 615 ss.

ta habría consistido en interpretar el tipo del § 211 restrictivamente y de un modo adecuado al principio de culpabilidad.

74 Algo similar sucede respecto de la segunda vinculación a la que está sometida una dogmática y sistemática orientada políticocriminalmente: el límite del tenor literal, que dentro de su ámbito de vigencia (sobre ello § 5, nm. 40 ss.) tampoco se puede traspasar cuando el mismo se oponga a la realización de los objetivos legales. Así lo pone de manifiesto el caso —utilizado ya varias veces como ejemplo (§ 5, nm. 41, y *supra* nm. 41-43)— de la suposición errónea del dolo del autor. Teleológicamente lo correcto en un caso así sería no absolver, sino castigar por participación (ver nm. 43); pero el tenor literal de la ley, que ahora requiere inequívocamente el dolo del autor, lo prohíbe (ver § 5, nm. 41). De todos modos, la dogmática tiene aquí el cometido de mostrar que otra solución distinta sería correcta según las concepciones y finalidades del legislador; pero lo que no puede es dar como si fuera Derecho vigente lo que ella considera correcto.

3. Las categorías del delito como aspectos de enjuiciamiento

75 Sistematizar la teoría del delito del modo que se ha expuesto no significa una renuncia a las categorías delictivas tradicionales, sino sólo una estructuración distinta de las mismas (aunque al entender la culpabilidad como "responsabilidad" también se extraen consecuencias terminológicas de la ampliación del aspecto valorativo a toda la teoría de los fines de la pena). Por eso es en principio certera la afirmación de Welzel[62]: "En la división del delito en los tres elementos tipo, antijuridicidad y culpabilidad es donde veo yo el progreso dogmático más importante de las últimas dos a tres generaciones". Un sistema teleológico-políticocriminal tampoco es más que un ulterior desarrollo de la síntesis neoclásico-finalista y no se desvincula del contexto de la tradición histórica dogmática.

76 Ahora bien, una diferencia metodológica esencial frente a otros proyectos (en los que por regla general eso queda como mínimo poco claro) consiste[63] en que un sistema políticocriminal no conduce a una "división" de la conducta delictiva en una multitud de "elementos" que han de ser "ubicados" en algún "escalón" de la estructura del delito. Por el contrario, desde el punto de vista aquí mantenido la acción delictiva es siempre una unidad inseparable, y el significado de las categorías del delito no consiste en descomponer y desgarrar un todo con sentido psico-físico-social, que sólo posteriormente tendría que reagruparse como "edificio del delito" a partir de sus componentes parciales.

[62] Welzel, JuS 1966, 421.

[63] Cfr. para más detalles al respecto mi artículo sobre "idea jurídica y materia jurídica": "Rechtsidee und Rechtsstoff", Radbruch-GS, 1968, 260 ss. Totalmente coincidente Schild en su monografía, próxima a la concepción aquí defendida: Die "Merkmale" der Straftat und ihres Begriffs, 1979.

Mediante las categorías delictivas lo que se expresa es únicamente que en cada caso y bajo diversos aspectos valorativos hay diversos "momentos" del suceso que resultan significativos jurídicopenalmente.

77 Así p.ej. la situación de estado de necesidad del § 35 es primariamente relevante en el aspecto de la responsabilidad (excluida) y por eso se examina por regla general dentro de esa categoría. No obstante, la salvaguarda de un bien jurídico (aunque no sea de superior valor), que pese a todo también concurre en la acción de estado de necesidad, y la consiguiente menor dañosidad social de dicha conducta dan lugar a que desde el punto de vista valorativo de la antijuridicidad se acepte junto a ello la existencia de una causa de atenuación del injusto, lo que puede tener asimismo importancia en otros contextos jurídicos —v.gr. para enjuiciar una participación—. Por eso sería totalmente equivocado pretender, como frecuentemente sucede cuando se maneja un sistema estructurado no por puntos de vista valorativos, sino según "elementos" materiales, que de la ubicación del estado de necesidad disculpante en la categoría de la responsabilidad se deriva que el mismo no se puede tratar ya antes —o sea en el injusto—; por el contrario, dicho estado de necesidad también es relevante, aunque de otro modo, a efectos del injusto. Igualmente, la tan discutida cuestión de si el dolo "pertenece" al injusto o a la culpabilidad (cfr. nm. 12, 14, 15, 21, 37-39) es para el sistema políticocriminal una alternativa planteada erróneamente, ya que el dolo puede ser significativo desde ambos puntos de vista en contextos jurídicos respectivamente diversos.

78 Asimismo, el punto de partida teleológico-políticocriminal impide que de la adscripción de elementos "materiales" concretos a determinadas categorías delictivas se deduzcan conclusiones que estén en contradicción con las valoraciones políticocriminales decisivas. Así p.ej., desde la perspectiva de dicha concepción es inadmisible desarrollar la delimitación entre autoría y participación a partir de la división material entre componentes objetivos y subjetivos de un delito (cfr. nm. 40) o fundamentar la solución de los problemas de error con la posición sistemática del dolo (cfr. nm. 37-39). Por el contrario, de antemano sólo es posible solucionar tales problemas acudiendo a las valoraciones rectoras políticocriminales que han penetrado en las categorías del delito. En cambio es perfectamente admisible derivar de aquellos principios valorativos, en los que se puede demostrar que se basan las concretas regulaciones legales, nuevas soluciones que prosigan el perfeccionamiento del Derecho. Un buen ejemplo de ello es el desarrollo del estado de necesidad supralegal, que se efectuó en un procedimiento de ese tipo (nm. 35).

4. La teoría teleológico-políticocriminal del delito y el método de la elaboración sistemática y conceptual

79 De lo expuesto resulta que los peligros que amenazan al pensamiento sistemático, de descuidar la justicia en el caso concreto, de reducir las posibilidades de solución del problema y de que la deducción sistemática y la corrección axiológica vayan cada una por su lado, los excluye ya desde el comienzo la concepción aquí defendida en la medida en que ello es posible dentro del marco de los principios políticocriminales brindados por el legislador (cfr. nm. 51 s.). Pero también se pueden evitar las dificultades que nacen de la conceptualidad excesivamente abstracta de los anteriores intentos de sistematización (nm. 44-46), si se sigue el camino de sistematización aquí propuesto.

De todos modos hay que tener claro de entrada que un sistema deductivo cerrado y derivado de unos pocos supraconceptos axiomáticos, como el elaborado por la moderna teoría científica como ideal para las matemáticas y la lógica, en la ciencia del Derecho nunca ha sido intentado seriamente ni tampoco sería practicable [64]. En ese sentido algunas críticas al pensamiento sistemático que se hacen en la ciencia del Derecho (sobre todo por los partidarios de la tópica) se han dirigido contra un procedimiento que ya de entrada ni siquiera se plantea aquí. Pero de todos modos, v. Liszt, uno de los padres del sistema "clásico", hasta sus últimas obras le planteaba a la ciencia del Derecho penal la tarea [65] de: "... concebir, en una consideración puramente técnico-jurídica, el delito y la pena como generalizaciones conceptuales; y desarrollar los preceptos concretos de la ley, elevándose hasta los últimos conceptos básicos y principios, para formar un sistema cerrado". Y Radbruch [66] habla a este respecto de una sistemática de la clasificación, que "descienda desde los conceptos-género, añadiendo elementos diferenciadores, a conceptos-especie y a conceptos-especie cada vez más estrictos"; a ese respecto la acción funciona como concepto-género (*genus proximum*), al que se vinculan tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad como conceptos-especie diferenciadores (*differentia specifica*). 80

Tal sistema de conceptos firmemente definidos y enlazados lógicamente puede, en efecto, fácilmente dar lugar a que por la vía de la subsunción y deducción aparentemente obligada no se llegue al resultado políticocriminalmente correcto y se caiga en los peligros que se han señalado más arriba (nm. 36-46) como especialmente próximos al pensamiento sistemático. En cambio, una concepción que sistematiza por aspectos valorativos, trabaja de modo predominante sólo en los tipos de la Parte especial con conceptos que estén definidos de tal modo que su contenido se podría delimitar exactamente mediante la exhaustiva indicación de elementos siempre ineludibles. Pero si p.ej. se sistematiza el injusto desde el punto de vista de la dañosidad o nocividad social y la culpabilidad desde el de la responsabilidad orientada a los fines de la pena, entonces no se trata de definiciones conceptuales, en las que se pueda subsumir, sino de aspectos rectores, de criterios axiológicos, que han de ser desarrollados precisamente en la materia jurídica. Ese procedimiento 81

---

[64] Cfr. al respecto Engisch, 1957, 173 ss.; Canaris, 1969, 25 s.; Schünemann, 1984, 6 ss. [= El sistema moderno del DP, 1991, 34 ss.; N. del T.]. Hruschka, JZ 1985, 1 ss., opina que la doctrina jurídicopenal no dispone "de una teoría bien ordenada, estructurada y comprensiva de su ámbito objetivo"; para ello toma "como baremo la geometría y la física teórica" (p. 2). Pero dicho baremo no puede ser ¡el de la ciencia del Derecho!

[65] v. Liszt, StrafR, [21/22]1919, 1 s. [= Tratado I, 2.ª ed. españ., 1926, 6; N. del T.]; es fundamental respecto de su teoría del delito su trabajo "Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche", ZStW 6 (1886), 663 (= Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, t. I, 1905 [reimpr. 1970], 212 ss.).

[66] Radbruch, Frank-FS, t. I, 1930, 158.

obliga a entrar en los supuestos de hecho de la vida, y a elaborar con la mayor exactitud posible el modo en que las finalidades jurídicas, a la vista de la multiplicidad de datos reales, pueden madurar resultados asimismo muy variados y ajustados a las respectivas circunstancias. Por tanto, dicho sistema está en gran medida orientado a las consecuencias [67]. Y para el mismo, dejando aparte las categorías superiores del delito, la ordenación por principios y la utilización de "conceptos concreto-generales" [68], cuyo contenido sólo surge [69] de los resultados cambiantes de la interpenetración de la finalidad general y la respectiva materia jurídica particular, le resulta más adecuada que el extendido procedimiento de la deducción conceptual.

82 Un método así es mucho más cercano a la vida, más ajustado al caso y más flexible que el de un sistema fijamente empeñado en la definición. Además, una ventaja esencial frente al sistema "cerrado" postulado por von Liszt radica en el hecho de que el punto de partida teleológico está abierto a nuevos supuestos de hecho de la vida. Por eso, en él no puede ocurrir que un supuesto de hecho de la vida que hasta el momento no se había tenido en cuenta no encaje en el sistema y resulte jurídicamente irresoluble, sino que incluso una nueva manifestación real podrá ser conducida bajo el aspecto axiológico jurídicamente decisivo a una solución cortada a su medida. Por consiguiente estamos aquí ante un sistema "abierto", que evita tanto las unilateralidades del sistema conceptual de viejo cuño, como las de la tópica desligada del sistema, y constituye una síntesis de las ventajas de ambos [70].

83 La "resistencia de la cosa" (*supra* nm. 46), que suele pasar por alto un sistema de definiciones abstractas, es por tanto para una concepción teleológico-políticocriminal una guía hacia la solución correcta. Gustav Radbruch, en los útimos años de su vida, intentó expresar gráficamente ese hallazgo —que contradecía su ideal sistemático original, aprendido de Liszt— con estas palabras [71]: "La idea artística es una si se ha de realizar en mármol, otra distinta si se ha de plasmar en bronce... Así también las ideas jurídicas están... determinadas conforme a su esencia para y por la materia jurídica". Por tanto

---

[67] En cambio, Luhmann, 1974, 38, opina que existen "pocas esperanzas en que la orientación a las consecuencias pueda lograr una función constitutiva para la formación de conceptos y teoría en la dogmática jurídica". No obstante, restrictivamente defiende precisamente respecto del Derecho penal la concepción de que "la posibilidad de orientarse... en procesos jurídicos de decisión... hacia las posibles repercusiones de esta o aquella alternativa de decisión" podría tener una "importancia bien legitimable". Cfr. por lo demás sobre las "tesis de Luhmann sobre dogmática jurídica" Larenz, [6]1991, 229 ss., que critica con razón la predilección de Luhmann por el pensamiento "clasificatorio-conceptual" también respecto del Derecho civil.

[68] Cfr. al respecto Roxin, Tatherrschaft, [5]1989, 527 ss. (531); además Larenz, [6]1991, 457 ss.

[69] El término "concreto": del lat. *concrescere* = surgir, nacer.

[70] Sobre la compatibilidad de pensamiento sistemático y tópica cfr. tb. v.gr. Horn, NJW 1967, 601 ss. (606); para más detalles sobre la necesidad de un "sistema abierto" Schünemann, 1984, 8 ss. [= El sistema moderno del DP, 1991, 37 ss.; N. del T.].

[71] Radbruch, Laun-FS, 1948, 163.

no es cierto que un sistema racional-final como el aquí defendido desarrolle sus soluciones sin tener en cuenta las circunstancias reales [71a]. Es cierto que una "lógica real" o una "naturaleza de las cosas" no pueden proporcionar un criterio de valoración jurídica, pero el resultado concreto no surge nunca de los puntos de vista normativos rectores como tales, sino sólo y siempre de su aplicación a las peculiaridades de los diferentes supuestos de hecho, por lo que en los apartados siguientes frecuentemente se destacarán soluciones distintas según los grupos de casos [72]. Todo esto no se puede exponer por anticipado detalladamente, sino que aquí sólo cabe hacer una caracterización de ello en cuanto a su método y a las valoraciones decisivas y el resto deberá irse desarrollando paso a paso al penetrar en la amplia materia jurídica. "Lo verdadero es el todo" (Hegel).

[71a] En este sentido los ataques que Küpper, 1990, dirige contra una "dogmática jurídicopenal normativista" unilateral no afectan al punto de vista aquí mantenido. Lo que sí es cierto es que la validez general, y que rebasa las fronteras de los Estados nacionales, de las perspectivas de la dogmática jurídicopenal se basa no tanto en circunstancias dadas ontológicas o lógico-reales (así sin embargo Hirsch, Spendel-FS, 1992, 43), cuanto en el consenso sobre las finalidades políticocriminales rectoras elaborado en el intercambio internacional de opiniones y en la discusión común de las diversas posibilidades de resolver los problemas. El hecho de que diversos ordenamientos jurídicos adopten en su caso decisiones axiológicas divergentes no obsta a la crítica de esas soluciones conforme al estado del conocimiento dogmático penal internacionalmente alcanzado.

[72] En esa medida resultan efectivamente relevantes los datos y leyes empíricas; cfr. sobre "Sozialwissenschaften und Strafrechtsdogmatik" ("ciencias sociales y dogmática jurídicopenal") Müller-Dietz, 1971, 105. Asimismo la circunstancia de que no es infrecuente que los legisladores de diversos ordenamientos jurídicos nacionales elijan soluciones dogmáticas distintas, también puede (¡pero no necesariamente ha de ser así!) encontrar una justificación en ello.

SECCION 2.ª

ACCION, DELITOS MENOS GRAVES Y DELITOS GRAVES

§ 8. Acción

Bibliografía: Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1903 (reimpresión con introd. de Arth. Kaufmann, 1967); Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906; Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenslehre, Frank-FS, t. I, 1930, 158; Welzel, Kausalität und Handlung, ZStW 51 (1931), 703; Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), 491; Engisch, Der finale Handlungsbegriff, Probleme der Strafrechtserneuerung, Kohlrausch-FS, 1944, 161; Busch, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949; Welzel, Um die finale Handlungslehre, 1949; Mezger, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950; Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; Maihofer, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953; Welzel, Aktuelle Probleme im Rahmen der finalen Handlungslehre, 1953; Lang-Hinrichsen, Zum Handlungsbegriff im Strafrecht, JR 1954, 83; Schmidhäuser, Willkürlichkeit und Finalität als Unrechtsmerkmale im Strafrechtssystem, ZStW 66 (1954), 27; Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 1 (tb. como separata en: Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 19); Eb. Schmidt, Recens. de Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 1954, JZ 1956, 188; Mezger, Die Handlung im Strafrecht, Rittler-FS, 1957, 119; Hall, Fahrlässigkeit im Vorsatz, 1959; Arm. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; Henkel, Der Mensch im Recht, Studium generale 1960, 229; Katsantonis, Der Handlungsbegriff in existential-ontologischer Sicht, ZStW 72 (1960), 351; Klug, Der Handlungsbegriff des Finalismus als methodologisches Problem, Emge-FS, 1960, 33; Jescheck, Der strafrechtliche Handlungsbegriff im dogmengeschichtlicher Entwicklung, Eb. Schmidt-FS, 1961, 139; Maihofer, Der soziale Handlungsbegriff, Eb. Schmidt-FS, 1961, 156; Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74 (1962), 515 (= Grundlagenprobleme, 72) [Problemas básicos, 1976, 84]; H. Mayer, Vorbemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, v. Weber-FS, 1963, 137; Welzel, Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, 1964 (tb. en: Grünhut-Erinnerungsgabe, 1965, 173); E. A. Wolff, Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen, 1964; Engisch, Vom Weltbild des Juristen, ²1965; Franzheim, Sind falsche Reflexe der Kraftfahrer strafbar?, NJW 1965, 2000; Stratenwerth, Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht, SchwZStr 81 (1965), 179; v. Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegel-Schule, 1966; Gössel, Wertungsprobleme des Begriffs der finalen Handlung unter besonderer Berücksichtigung der Struktur des menschlichen Verhaltens, 1966; Arth. Kaufmann, Die ontologische Struktur der Handlung, Skizze einer personalen Handlungslehre, H. Mayer-FS, 1966, 79; Kienapfel, Das erlaubte Risiko im Strafrecht, 1966; Arth. Kaufmann, Die finale Handlungslehre und die Fahrlässigkeit, JuS 1967, 145; Lampe, Das Problem der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht, ZStW 79 (1967), 476; Michaelowa, Der Begriff der strafrechtswidrigen Handlung, 1968; Roxin, Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts, Radbruch-GS, 1968, 260; Spiegel, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Kraftfahrers für Fehlreaktionen, DAR 1968, 283; Welzel, Ein unausrottbares Mißverständnis? Zur Interpretation der finalen Handlungslehre, NJW 1968, 425: E. A. Wolff, Das Problem der Handlung im Strafrecht, Radbruch-GS, 1968, 291; Eb. Schmidt, Soziale Handlungslehre, Engisch-FS, 1969, 339; v. Weber, Bemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, Engisch-FS, 1969, 328; E. Wolf, Die Lehre von der Handlung, AcP 180 (1970), 181; Marinucci, Il reato come "azione", 1971; Noll, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1971; Bockelmann, Handlungsbegriff aus juristischer

Sicht, Die medizinische Welt 1972, 1310; Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; Schewe, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz, 1972; Welzel, Zur Dogmatik im Strafrecht, Maurach-FS, 1972, 3; Engisch, Tun und Unterlassen, Gallas-FS, 1973, 163; Otter, Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechensaufbau?, 1973; Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973; Engisch, Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition, Welzel-FS, 1974, 345; Fukuda, Der finale Handlungsbegriff Welzels und die japanische Strafrechtsdogmatik, Welzel-FS, 1974, 251; Jakobs, Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, Welzel-FS, 1974, 307; Arm. Kaufmann, Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht, Welzel-FS, 1974, 393; Krümpelmann, Motivation und Handlung im Affekt, Welzel-FS, 1974, 327; Maiwald, Abschied vom strafrechtlichen Handlungsbegriff?, ZStW 86 (1974), 636; Moos, Die finale Handlungslehre, en: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, t. 2, 1974, 5; Stratenwerth, Unbewußte Finalität?, Welzel-FS, 1974, 289; Hruschka, Strukturen der Zurechnung, 1976; Küper, Recens. de Hruschka, Strukturen der Zurechnung (1976), GA 1977, 158; Bloy, Finaler und sozialer Handlungsbegriff, ZStW 90 (1978), 609; Behrendt, Die Unterlassung im Strafrecht. Entwurf eines negativen Handlungsbegriffs auf psychoanalytischer Grundlage, 1979; Stratenwerth, Recens. de Hruschka, Strukturen der Zurechnung (1976), ZStW 91 (1979), 906; Kindhäuser, Intentionale Handlung, 1980; Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, ZStW 93 (1981), 831; 94 (1982), 239; Maiwald, Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte, JuS 1981, 473; Arm. Kaufmann, Die Funktion des Handlungsbegriffs im Strafrecht, en: Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, 21; Kindhäuser, Kausalanalyse und Handlungszuschreibung, GA 1982, 477; Behrendt, Affekt und Vorverschulden, 1983; Weidemann, Die finale Handlungslehre und das fahrlässige Delikt, GA 1984, 408; Behrendt, Das Prinzip der Unvermeidbarkeit im Strafrecht, Jescheck-FS, 1985, 303; Schünemann, Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985, 341; 1986, 293; Schmidhäuser, Was ist aus der finalen Handlungslehre geworden?, JZ 1986, 109; Alwart, Recht und Handlung, 1987; Burkhardt, Die Bedeutung des Willensbegriffs für das Strafrecht, en: Heckhausen y otros, Jenseits des Rubikon. Der Wille in den Humanwissenschaften, 1987, 319; Herzberg, Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der vorsätzlichen und der fahrlässigen Straftat, JZ 1987, 536; Struensee, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987, 53; Struensee, "Objektives" Risiko und subjektiver Tatbestand, JZ 1987, 541; Herzberg, Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten, JZ 1988, 573; Baumann, Hat oder hatte der Handlungsbegriff eine Funktion?, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 181; Gimbernat Ordeig, Handlung, Unterlassung und Verhalten, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 159; Schmidhäuser, Begehung, Handlung und Unterlassung im Strafrecht, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 131; Kahlo, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1990; Kargl, Handlung und Ordnung im Strafrecht, 1991; Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992; Hohmann, Personalität und strafrechtliche Zurechnung, 1993.

I. Los cometidos del concepto de acción

En la moderna dogmática del Derecho penal se le atribuyen al concepto de acción [1] diversos cometidos fundamentales [2]: 1

[1] Acción se entiende aquí en un sentido amplio, comprensivo tanto del hacer como del omitir. A favor de un concepto más estricto de acción, que incluya sólo el hacer activo, cfr. p.ej. Schmidhäuser, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 131 ss.

[2] Al respecto, sobre todo: Maihofer, 1953, 6 ss.; Jescheck, Eb. Schmidt-FS, 1961, 140 ss. Para Jakobs, 1992, que pretende volver a un concepto de acción que en el sentido de Hegel abarque el hecho completo (cfr. nm. 7), con ello se trata sólo de un "concepto de acción de técnica ordenadora" (p. 7), de la reducción a "un peldaño de entrada del delito, didácticamente útil" (p. 13).

(1) En primer lugar, debe suministrar un supraconcepto para todas las formas de manifestarse la conducta punible, un *genus proximum* al que se conecten todas las concretas precisiones de contenido como *differentiae specificae*. De acuerdo con esto, la acción debe designar algo que se encuentre tanto en los hechos dolosos e imprudentes como en los delitos de omisión y que suponga el elemento común al que se puedan reconducir todas las manifestaciones especiales de conducta punible. Ese "significado lógico" del concepto de acción, su "función clasificatoria" (Jescheck) atiende a la acción como **"elemento básico"** del Derecho penal (Maihofer).

2 (2) Además la acción debe vincular o enlazar entre sí a todas las concretas categorías del delito, volviendo a introducirse en cada elemento de la estructura del delito y experimentando una caracterización cada vez más exacta mediante atributos adicionales. Así pues, en primer lugar la acción se determina como tal y después se dota de predicados valorativos cada vez más ricos en contenido como acción típica, antijurídica, culpable y punible. De ese modo, el concepto de acción debe atravesar por todo el sistema jurídicopenal y constituir en cierto modo su columna vertebral. De esa función de la acción como **"elemento de enlace o unión"** se derivan dos requisitos en cuanto a su contenido:

3 (a) El concepto de acción debe ser neutral frente al tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad. Por tanto, no puede incluir en su seno ningún elemento de los que sólo se le deben añadir como atributos en los ulteriores escalones valorativos, ya que el "significado sistemático" que le corresponde a la acción como "elemento de unión" resulta perturbado si el concepto que produce la unión es caracterizado con predicados valorativos que lo que precisamente tiene que hacer es unir entre sí. "Como portador de los mismos, como sujeto de esos predicados, el concepto de acción ha de ser... completamente indiferente frente a todos esos predicados" [3].

(b) Así pues, el concepto de acción no debe invadir el campo del tipo, pero por otra parte no puede estar vacío de contenido, sino que tiene que poseer suficiente sustancia, o sea suficiente fuerza expresiva, como para poder soportar los predicados de los siguientes elementos valorativos [4].

4 (3) Finalmente, el concepto de acción tiene el cometido de excluir todo lo que, de antemano e independientemente de la configuración cambiante de los tipos, no se toma en consideración para un enjuiciamiento jurídicopenal: así, sucesos causados por animales, actos de personas jurídicas, meros pensamientos y actitudes internas, pero también modificaciones del mundo exterior no

[3] Maihofer, 1953, 8.

[4] Cfr. Gallas, ZStW 67 (1955), 13; Jescheck, Eb. Schmidt-FS, 1961, 141. En su AT[4], § 23 I 2, habla Jescheck en ese sentido de una "función de definición" del concepto de acción.

sometidas al control y dirección del aparato psíquico, como sucede con los ataques convulsivos, los delirios, etc. En este punto se habla del "significado práctico" de la acción como **"elemento límite"**, o de su "función de delimitación".

(4) A veces se le atribuye también al concepto de acción significado como punto de enlace a efectos del tiempo y lugar del hecho (§§ 8 y 9) y a efectos de unidad y pluralidad de acciones, o sea de la llamada teoría del concurso (§§ 52 ss.). Sin embargo, las correspondientes disposiciones no se ocupan de acciones sin más, sino de acciones típicas e incluso punibles, de modo que a esos efectos no hace ninguna falta un concepto de acción pretípico [5]. Pero ciertamente hay que reconocer que, en la medida en que se reconoce la existencia de un concepto general de acción como portador del sistema del delito, también cumple su papel en ese ámbito; pues naturalmente que una no-acción tampoco es relevante a efectos de los §§ 8, 9 y 52 ss. **5**

Hasta el momento no se ha hallado un concepto de acción que pueda satisfacer de modo uniforme todos los exigentes requisitos descritos en los nm. 1-4. No obstante, en los esfuerzos por precisar un concepto de acción, incluso en los que han terminado en una resignada renuncia al mismo, se refleja toda la evolución de la reciente dogmática del Derecho penal. Por ello procede que primero se exponga y acoja críticamente la discusión sobre el moderno concepto de acción (ap. II), antes de desarrollar a continuación la propia concepción (ap. III). **6**

II. El concepto de acción en la evolución de la dogmática jurídicopenal. Exposición y crítica

1. El concepto preclásico de acción

El moderno concepto de acción es el producto de una evolución muy paulatina en la ciencia del Derecho penal del siglo XIX [6]. En Feuerbach aún no era objeto de discusión independiente el concepto de acción. Como "padre del concepto jurídicopenal de acción" [7] se suele considerar a Hegel [8]: "El derecho de la voluntad... es reconocer en su hecho únicamente como acción suya, y tener sólo en la culpabilidad, aquello que sabe de sus presupuestos en su **7**

[5] Más detalladamente al respecto Otter, 1973, 185 ss.

[6] La exposición clásica nos la proporciona Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1903. Una buena historia dogmática del siglo XIX ofrece tb. v. Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs etc., 1966. Debo remitir a esas dos obras para todas las cuestiones de detalle.

[7] Radbruch, 1903, 101; igualmente v. Bubnoff, 1966, 36.

[8] Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 117. Similar nuevamente Jakobs, 1992. Según él, ha de "trazarse un concepto de acción, que almacene todo el programa del Derecho penal, hasta la culpabilidad. Acción es hacerse-culpable" (p. 44); y de esa manera quiere "poner en sintonía sociedad y Derecho penal" (p. 12). Lo único que no veo con claridad es por qué tal concepto amplio de acción ha de ser más productivo que el concepto tradicional de "acción culpable". El concepto de acción de Jakobs es más bien un concepto de hecho punible, pues para él no hay otra cosa que acciones jurídicopenalmente relevantes.

finalidad, lo que de ello había en su dolo. - El hecho sólo puede ser imputado como culpabilidad de la voluntad". En este pasaje, así pues, sin distinguir aún entre las diversas categorías sistemáticas, se equipara la acción a la imputación del hecho completo e incluso sólo se considera acción la acción dolosa [9].

8 Posteriormente, entre los discípulos penalistas de Hegel (Abegg, Köstlin, Berner, Hälschner) se incluye prácticamente siempre la imprudencia en el concepto de acción, pero la separación entre acción e imputación al hecho total (o sea, entre acción y acción punible) se va efectuando muy lentamente y sólo en sus primeros pasos. Es célebre la afirmación de Berner [10] dejando constancia de que hay que partir de la base de "que el delito es **acción.** Todo lo que por lo demás se afirma del delito son sólo predicados que se añade a la acción en cuanto sujeto. Por ello, el concepto de acción ha de ser la firme osamenta que determine la estructuración de la teoría del delito". Ya con anterioridad [11] este autor había abogado por la *"diremptio* (es decir, división) del delito en acción y punibilidad". Por dichas formulaciones modernas se considera mayoritariamente a Berner como fundador de la nueva teoría de la acción (cfr. § 7, nm. 9), pero la verdad es que él mismo tampoco profundizó mucho más en esos apuntes iniciales.

9 Algo semejante sucede con el no hegeliano Luden, en cuya obra "Strafrechtliche Abhandlungen" (1840) se puede encontrar una división del delito que se aproxima ya sorprendentemente a los proyectos sistemáticos del siglo XX, cuando distingue: "1.º) un fenómeno delictivo, provocado por una acción humana; 2.º) antijuridicidad de esa acción; 3.º) cualidad dolosa o culposa de esa acción" [12]. Aquí no se separan todavía acción y tipo, pero por lo demás está ya prefigurada la tripartición que caracteriza a nuestro sistema hasta hoy. Sin embargo, Luden se volvió a apartar de esa vía en sus escritos posteriores. E incluso en Binding, cuya obra penetra ampliamente ya en nuestro siglo (ver § 4, nm. 3), todavía carece de significado penal autónomo el concepto de acción, bajo cuyo nombre entiende el delito como totalidad.

2. El concepto natural (naturalista, causal) de acción del sistema clásico

10 Liszt y Beling, los fundadores del "sistema clásico del delito", son también los creadores del concepto natural de acción. "Acción es la producción, reconducible a una voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior" [13],

[9] No está nada clara y por eso es discutida en sus detalles la cuestión de si y hasta qué punto Hegel, en otros pasajes de su Filosofía del Derecho (como en n. 8, §§ 116, 118, adición al § 119), consideraba también imputables los hechos imprudentes.

[10] Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, [1]1857, 108; [4]1868, 111.

[11] Berner, Grundlinien der kriminalistischen Imputationslehre, 1843, Prólogo, p. VIII.

[12] Luden, Strafrechtliche Abhandlungen, 1840, t. II, 110, 130.

[13] v. Liszt, StrafR, [4]1891, 128.

según la definió por primera vez Liszt. En ese concepto, para la modificación causal del mundo exterior debía bastar cualquier efecto en el mismo, por mínimo que sea, como el provocar "vibraciones del aire" en las injurias. Pero como esa concepción difícilmente se podía compaginar con la omisión, que no causa nada, Liszt llegó posteriormente a formular otra descripción algo distinta: "acción es conducta voluntaria hacia el mundo exterior; más exactamente: modificación, es decir, causación o no evitación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria" [14]; con lo cual quedaba la "voluntariedad" como supraconcepto [15]. Correlativamente sostiene Beling [16] que existe acción si objetivamente alguien "ha emprendido cualquier movimiento o no movimiento", a lo que subjetivamente ha de añadirse la comprobación de "que en ese movimiento corporal o en esa falta de movimiento animaba una voluntad". En la omisión veía esa voluntad en la contención de los nervios motores: "La voluntad domina aquí los nervios exactamente igual que en el movimiento corporal; y se opone a la innovación y concentración muscular". En resumen, para Beling resulta lo siguiente [17]: "La acción debe afirmarse siempre que concurra una conducta humana llevada por la voluntad, con independencia de en qué consista esa conducta...".

Las bases aquí sentadas ya no fueron abandonadas por los defensores del 11 concepto natural de acción. Así se dice en Mezger [18] que acción es "hacer o dejar de hacer querido. Ahora bien, sólo nos interesa aquí 'que' (el hecho de que) ello es querido; pero 'lo que' en cuanto a contenido ha de ser querido en el delito en particular, sólo nos lo dice la teoría del injusto...". Baumann/Weber [19] configuran la acción como "conducta humana llevada por la voluntad", y Heimann-Trosien [20] como una "conducta humana dominable de modo general por la voluntad".

Este concepto natural de acción cumple muy bien la función de delimita- 12 ción, excluyendo de antemano actividades de animales y de personas jurídicas, pero también los pensamientos y las consecuencias de meras "excitaciones sensoriales". Por eso está equivocada la principal objeción que más frecuentemente se formula contra el mismo [21] diciendo que es desdibujado e ilimitado, ya que p.ej. hace aparecer incluso la procreación de un posterior asesino como acción de homicidio. Pues no se puede dudar que la procreación de un asesino

---

[14] v. Liszt, StrafR, [21/22]1919, 116 [= Tratado II, 2.ª ed. españ., 1927, 285; N. del T.].

[15] Sobre el significado del concepto de voluntad en la teoría de la acción en general Burkhardt, 1987, 329 ss.

[16] Beling, 1906, 14 s.

[17] Beling, 1906, 17.

[18] Mezger, 1950, 12 s.; sobre las contradicciones en el punto de partida de la fundamentación de Mezger cfr. Jescheck, Eb. Schmidt-FS, 1961, 144 ss.

[19] Baumann/Weber, AT [9], § 16 II 1.

[20] LK [9]-Heimann-Trosien, Introd., nm. 31.

[21] Cfr. sólo Sch/Sch/Lenckner [24], antes del § 13, nm. 27.

se basa en una acción, y eso es lo único que aquí importa; en cambio, decidir si esa acción es una acción de homicidio es una cuestión de interpretación típica (§ 212), a la que naturalmente hay que responder negativamente y que todavía no interesa al examinar si hay o no una acción sin más. Más peso tiene la objeción de que el concepto natural de acción, si atiende demasiado al impulso **consciente** de voluntad, tropieza con dificultades en las reacciones espontáneas, acciones automatizadas o hechos pasionales o bajo embriaguez, dificultades que perturban hasta hoy la delimitación de acción y no acción en la jurisprudencia que parte de dicho concepto (cfr. más detalladamente *infra* nm. 60 ss.).

13 En cambio, el concepto natural de acción no es completamente idóneo como elemento básico, ya que, aunque en atención a los delitos de omisión se renuncie a la "modificación causal del mundo exterior" y se conserve sólo la "voluntariedad" como criterio de la acción, por regla general en las omisiones no se puede probar la tensión muscular o nerviosa necesaria para ello; pues, como los nervios motores no se ponen en movimiento por sí mismos, normalmente no es precisa su contención. Y en el caso de la omisión por imprudencia inconsciente, como en el olvido, falta incluso toda voluntad en el sentido de mero pensamiento, que en cualquier caso no sería suficiente para admitir una acción por falta de exteriorización. Y tampoco resuelve las cosas el tomar como base sólo una "conducta humana dominable por la voluntad", pues una voluntad que podría haber dominado o controlado el suceso, pero realmente no lo ha dominado, no es voluntad y no cumple el requisito de la voluntariedad en el que al menos han de basarse los delitos comisivos.

14 En cuanto a la definición de acción como "conducta humana", que aún hoy siguen empleando muchos como variante moderna del concepto natural de acción [22], tampoco proporciona un elemento básico común si "conducta" se utiliza sólo como designación común a actividad y omisión y sin un elemento autónomo y superior. Ese descubrimiento ya llevó tempranamente a Radbruch [23] a sostener la tesis, nunca rebatida desde la perspectiva del concepto natural de acción, de que comisión y omisión "no pueden ser agrupadas bajo un supraconcepto común", sino que se comportan entre sí como "posición y negación, a y non-a". Consiguientemente, según él, el sistema está "rasgado de arriba abajo en dos partes", por lo que es necesario "considerar también doblemente cualquier otro concepto del sistema, como predicado de la acción y como predicado de la omisión" [24]. De ese modo se había renunciado a la acción como elemento base.

---

[22] Representativo de esa posición: Dreher/Tröndle [46], antes del § 13, nm. 2 ss.; como supraconcepto para hacer y omisión tb. en Wessels, AT [23], § 3 II 2 c.
[23] Radbruch, 1903, 141 s.
[24] Radbruch, 1903, 143.

15 En su función como elemento de enlace también está expuesto a importantes objeciones el concepto natural de acción. Cierto que tiene la ventaja de ser neutral frente al tipo, al aparecer como acción cualquier movimiento nervioso o muscular voluntario (y no un movimiento ya valorado jurídicamente); pero tal concepto de acción, que el propio Beling calificó como "fantasma exangüe" [25], no es lo suficientemente expresivo como para poder constituir el soporte del sistema, objeción que afecta tanto al criterio de la "modificación causal del mundo exterior" como al de la "inervación" o "tensión muscular voluntaria". Así p.ej., caracterizar la injuria como una típica, antijurídica y culpable "provocación de vibraciones del aire y de procesos fisiológicos en el sistema nervioso del agredido" [26], o la falsificación documental como "movimiento muscular punible", suena ridículo y efectivamente lo es, pues no se acierta con lo esencial de esos fenómenos al reducir el concepto de acción a un elemento parcial del suceso contemplado desde la perspectiva naturalista.

3. El concepto final de acción

16 "Acción humana es el ejercicio de la actividad final", dice Welzel [27], el creador de la teoría final de la acción. Enlazando con las investigaciones de psicología del pensamiento de la época posterior a la primera guerra mundial y empleando los análisis dedicados a la estructura de la acción por Nicolai Hartmann [28], Welzel [29] intenta situar la estructura ontológica de la acción en el punto central del sistema del Derecho penal y devolverle de ese modo la base de las leyes del ser que había sido destruida por el concepto natural (en la terminología de Welzel: "naturalístico" o "causal") de acción. Según Welzel la "finalidad" o "carácter final" de la acción se basa en "que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actuación, fijarse por ello diversos objetivos y dirigir planificadamente su actuación a la consecución de esos objetivos". "Actividad final es una producción consciente de efectos partiendo de un objetivo", la cual "supradetermina finalmente" el curso causal externo.

17 Salta a la vista la similitud con el concepto de acción de Hegel (nm. 7). El finalismo asume esa estructura, pero el injusto y la culpabilidad, que en Hegel aún estaban integrados en el concepto de acción, los separa de dicho concepto, haciéndolo así útil para un sistema moderno [30]. El concepto final de acción

---

[25] Beling, 1906, 17.
[26] Así originariamente v. Liszt, StraR, ^{2}1884, 107.
[27] Tanto aquí como en lo que sigue: Welzel, StrafR ^{11}, 33. [= PG, 1987, 53; N. del T.].
[28] N. Hartmann, Ethik, ^{1}1925; idem, Das Problem des geistigen Seins, ^{1}1932. Welzel se manifiesta con más detalles sobre los orígenes psicológicos y filosóficos de su teoría en el Prólogo a la 4.ª ed. de "Das neue Bild des Strafrechtssystems", 1961, pp. IX-XII [= Prólogo a "El nuevo sistema del DP", trad. de Cerezo Mir, Barcelona, Ariel, 1964, pp. 11-15; N. del T.].
[29] Sobre predecesores y otros defensores de la teoría final de la acción cfr. § 7, nm. 15.
[30] Tb. Welzel, StrafR ^{11}, 41 [= PG, 1987, 64; N. del T.], destaca que él "continúa la tradición

co-determinó esencialmente la discusión de la dogmática jurídicopenal entre 1935 y 1965, se ha difundido ampliamente tanto en el interior como en el extranjero y también ha influido considerablemente en la jurisprudencia [31], lo que se debe sobre todo a que esta concepción de la acción obliga a transformar todo el sistema jurídicopenal: Para ella el dolo ya no pertenece a la culpabilidad, sino, componente de la acción, al tipo (con más detalles *supra* § 7, nm. 15), de lo que a su vez se pueden derivar múltiples consecuencias prácticas (sobre todo en la teoría del error y de la participación), que de antemano tenían que asegurarle mayor consideración al concepto final de acción, mucho "más productivo" que el concepto natural de acción. Ya se han descrito anteriormente algunas derivaciones sistemáticas importantes de la teoría final de la acción (§ 7, nm. 21, 38 s., 41 s.), y en este momento conviene remitir otra vez a dicha exposición.

18 Actualmente el concepto final de acción ha perdido ampliamente la gran importancia que antes tuvo [32]. Sobre todo, ya no se discute hoy que tal concepto no es adecuado como elemento base del sistema jurídicopenal, ya que no se acomoda a los delitos de omisión; pues, como el omitente no es causal respecto del resultado y por tanto no dirige ningún curso causal, tampoco puede actuar de modo final [33]. Con ello la teoría final de la acción vuelve a estar en la bipartición del sistema, que ya Radbruch desde la perspectiva del concepto natural de acción reconocía que era inevitable. Y en efecto, Welzel se limita a mencionar como supraconcepto a la "conducta", o sea, "la actividad corporal o pasividad del ser humano sometida a la capacidad de control final por la voluntad" [34], pero la aludida "capacidad de acción" no puede constituir un elemento común y de unión de comisión y omisión en el concepto de conducta, porque la capacidad para realizar una acción es algo distinto de la acción misma, y por tanto comisión y omisión siguen estando separadas. Otro finalista, Stratenwerth, rechaza también el concepto final de acción como elemento base [35]: "El mismo... caracteriza al actuar humano (activo), y nada más". Y finalmente, el discípulo de Welzel, Armin Kaufmann, le niega incluso a un concepto de acción previo al tipo toda función como elemento básico, de enlace y de límite [36].

---

prenaturalista de la teoría filosófica y penal de la acción e integra en ella la separación de antijuridicidad y culpabilidad que entretanto ha efectuado la dogmática".

[31] Resumiendo este panorama desde una perspectiva finalista Hirsch, ZStW 93 (1981), 831; 94 (1982), 239.

[32] Schmidhäuser, JZ 1986, 116: "Ha bastado una década y media para que decaiga la teoría final de la acción". Sin embargo, esto no rige para todas las restantes posiciones finalistas (cfr. nm. 25).

[33] El primero en exponer esto desde la perspectiva finalista fue Arm. Kaufmann, 1959; últimamente Hirsch, ZStW 93 (1981), 851.

[34] Welzel StrafR 11.ª, 31 [= PG, 1987, 51; N. del T.]; similar Maurach/Zipf, AT/1 [8], 16/4 ss.

[35] Stratenwerth, AT 2.ª, 1976, nm. 140.

[36] Arm. Kaufmann, Welzel-FS, 1974, 393 ss.

Pero incluso en los delitos comisivos es dudoso que el concepto de finalidad les pueda aportar una base común. En estos casos los finalistas se encuentran en el delito imprudente con dificultades similares a aquellas con las que tropezó el concepto de acción de los hegelianos orientado al delito doloso. Originariamente Welzel había contemplado el hecho con imprudencia inconsciente, en el que las consecuencias no se causan de modo final, sino causal-ciego, como una "forma mísera" [37] de acción humana. Lo que "sitúa bajo el supraconcepto de acción" a ambas, tanto a la acción dolosa como a la imprudente, es, según él, "el momento de la finalidad, que en la acción dolosa, como **efectiva** actividad final, es un factor realmente configurador (finalidad actual), pero en la acción imprudente, como **posible** actividad final, sólo es un momento de relación (finalidad potencial)" [38]; pero como una finalidad sólo posible en realidad no es finalidad, falta el supraconcepto y el hecho imprudente no puede ser considerado ni acción final ni acción en absoluto [39]. **19**

Desde las investigaciones de Niese [40] los finalistas han caracterizado el hecho imprudente como acción final, atendiendo no al resultado producido, sino al objetivo perseguido por el autor: si, al limpiar una escopeta, por descuido se escapa un tiro y mata a una persona, ello ciertamente no es una acción final de matar, pero sí una acción final de limpiar, que cae bajo el concepto común de acción. De ese modo se produce en efecto mediante la finalidad un elemento base común al actuar doloso y al imprudente; pero esa finalidad del hecho imprudente es tanto más inidónea como elemento sistemático de enlace [41], pues el objetivo perseguido por quien actúa imprudentemente es totalmente irrelevante a efectos jurídicopenales y por ello tampoco puede ser portador de los predicados típico, antijurídico y culpable, que se deben más bien a la falta de cuidado causante del resultado, pero ésta no tiene sitio alguno en la estructura de la finalidad. Con ello el concepto final acaba regresando al concepto natural de acción: sólo importa si el agente ha querido algo, cualquier cosa; el contenido de su voluntad es indiferente. "Así pues, la empresa de Niese termina con una completa capitulación del concepto final de acción ante la imprudencia" [42]. **20**

Para hacer frente a esas objeciones, en su última fase Welzel quiso incluso prescindir totalmente del resultado, es decir de la finalidad en el sentido literal de la palabra (lat. *finis* = fin), en la descripción de la acción y atender única- **21**

---

[37] Welzel, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, [1]1940, 23, 79 s.

[38] Welzel, StrafR 1.ª, 1947, 22.

[39] Cfr. el propio Welzel (StrafR [11], 129 [= PG, 1987, 184; N. del T.]): "Con ello se habían colocado de antemano las vías en la dirección equivocada".

[40] Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrläsigkeit, 1951.

[41] Cfr. al respecto tb. Arth. Kaufmann, JuS 1967, 145.

[42] Así el finalista Struensee, JZ 1987, 55 s.; no obstante, Weidemann, GA 1984, 408 ss., intenta proseguir la posición desarrollada por Niese.

mente al proceso de control. En efecto, opina [43] que quizás hubiera sido mejor si "en lugar de acción 'final' hubiera hablado de acción 'cibernética', es decir de la acción como un **suceso controlado y dirigido por la voluntad,** pues entonces dicha teoría abarcaría lingüísticamente por igual tanto a la acción dolosa como a la imprudente y afectaría en ambos casos a lo jurídicamente relevante, esto es, el **control"**. De ese modo, ciertamente se repone a la acción en su función de elemento sistemático de enlace en los delitos comisivos, pero, frente a lo que supone Welzel, se vuelve a renunciar a su carácter de "elemento básico": pues, dado que en el hecho doloso se trata del control real, pero en la imprudencia, de la omisión del control debido (mientras que el proceso de control consciente sigue siendo jurídicamente neutro), vuelve a faltar la unidad del punto de conexión jurídica, por lo que continúan las dificultades [44].

22 El último intento hasta el momento de explicar la imprudencia como acción final lo ha emprendido Struensee [45], quien ve la imprudencia en que la finalidad del agente se extiende a las circunstancias fundamentadoras del riesgo no permitido, así p.ej. si el agente conscientemente se mete en un cruce con el semáforo en rojo o adelanta en una curva sin visibilidad. De esa manera, para Struensee "la finalidad jurídicamente desaprobada" constituye "también el injusto del delito imprudente, y con ello el injusto del dolo y el de la imprudencia muestran una estructura homogénea" [46]. Sin embargo, como aquí la finalidad sólo resulta captable en el ámbito del injusto, ciertamente se renuncia a la misma como caracterización de una acción pretípica y con ello como elemento básico. Y en cuanto a su contenido, también hay que criticar a esta concepción en que la imprudencia no consiste necesariamente en la realización consciente ("final") de factores de riesgo. Así, si el conductor en los ejemplos citados va tan desatento que ni siquiera se da cuenta del semáforo o de la curva, se le debe imputar el daño irrogado como imprudentemente producido a pesar de que el sujeto ha realizado las circunstancias relevantes para el riesgo justamente de modo no consciente.

23 También en su calidad de elemento límite provoca algunas dudas la finalidad, incluso en los delitos comisivos. Ello sucede sobre todo en las llamadas acciones automatizadas, que cumplen un importante papel en los delitos de circulación y que en general se consideran acciones, pero en las que precisa-

---

[43] Welzel, Maurach-FS, 1972, 8; similar ya en StrafR [11], 37, 131 [= PG, 1987, 58, 186; N. del T.]. Hirsch, ZStW 93 (1981), 863, preferiría hablar de un "concepto de acción previamente dado".

[44] Para una valoración crítica de esos últimos esfuerzos de Welzel y sus discípulos (Arm. Kaufmann, Jakobs, Hirsch, Zielinski) en torno a la relación entre finalidad e imprudencia, de modo concluyente Struensee, JZ 1987, 56 s. [= ADPCP 1987, 429 ss.; N. del T.].

[45] Struensee, JZ 1987, 53 ss. [= El tipo subjetivo del delito imprudente, trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, ADPCP 1987, 423 ss.; N. del T.]; además, el mismo, JZ 1987, 541; el mismo, GA 1987, 97. Críticamente Herzberg, JZ 1987, 536; Roxin, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 247 ss.

[46] Struensee, JZ 1987, 62 [= ADPCP 1987, 448; N. del T.].

mente falta un control consciente en la mayoría de los casos; p.ej., en determinadas situaciones se pisa el pedal del freno sin reflexión consciente, sobre la base de "disponibilidades para la acción que funcionan en lo semi y en lo inconsciente" [47]. Por ello Stratenwerth se vio impulsado a introducir el concepto de "finalidad inconsciente" (es decir, un control que se produce desde lo inconsciente) [48]; esto efectivamente coincide con las circunstancias fácticas y con la propia opinión de Welzel de que frecuentemente no se puede demostrar "un control consciente de la acción en el caso concreto" [49], pero se aleja considerablemente del entendimiento de la estructura final, mantenido por Welzel hasta el final, como una selección de medios conscientemente dirigida a partir del fin u objetivo y un control planificado del curso de la acción.

Finalmente hay que contradecir también a la teoría final de la acción en **24**
su tesis más efectiva, a saber: en la pretensión de poder deducir de su concepción ontológica de la acción soluciones jurídicas concretas a los problemas. Dicho intento no sólo fracasa por la vieja perspectiva kantiana de que del ser no se puede derivar un deber ser, sino que además es una tentativa inidónea, porque la finalidad, en cuanto entra en el tipo, ya no es un dato puramente óntico, sino un concepto valorativo, cuyo contenido es esencialmente configurado por las finalidades del ordenamiento jurídico. Así p.ej., lo que sea una acción final de estafa depende en amplia medida de la definición jurídica de estafa, cuyos elementos de sentido ha de abarcar el autor para haber estafado de modo final o doloso. Incluso la cuestión de si la conciencia del injusto (o sea, el hecho de captar todo el sentido jurídico-social) pertenece o no al concepto de una "acción final de estafa" es algo que no se puede responder según criterios ónticos, sino sólo basándose en decisiones valorativas legislativas (§§ 16, 17); por tanto, no se puede decidir a base de la esencia de la acción, sino sólo en virtud de puntos de vista políticocriminales, si en la doctrina del error debe preferirse la teoría de la culpabilidad o la del dolo (sobre ello *vid.* § 7, nm. 41 ss.). La esterilidad del concepto final de acción (como en general de cualquier concepto de acción) para las cuestiones sobre el si y el cómo de la punibilidad era la tesis central de mi "Crítica de la teoría final de la acción" ("Kritik der finalen Handlungslehre") [50] y, por lo que se puede ver, ya no encuentra oposición hoy ni entre los finalistas.

---

[47] Welzel, StrafR [11], 151 [= PG, 1987, 214; N. del T.].

[48] Stratenwerth, Unbewußte Finalität?, Welzel-FS, 1974, 289; cfr. tb. idem, AT [3], nm. 148, 169; Hirsch, ZStW 93 (1981), 861, habla de "finalidad... sobre un menor grado de consciencia".

[49] Welzel, StrafR [11], 152 [= PG, 1987, 214; N. del T.].

[50] Roxin, ZStW 74 (1962), 515 ss. (= Grundlagenprobleme, 72 ss.) [= Problemas básicos del DP, trad. Luzón, 1976, 84 ss.; N. del T.]. Aprob. expresamente Arth. Kaufmann, H. Mayer-FS, 1966, 80; Noll, 1971, 27; Zielinski, 1973, 86, partiendo también de la perspectiva finalista de las normas, opina que esa "crítica afecta a algo esencial en la teoría final de la acción"; cfr. tb. AK-Zielinski, §§ 15/16, nm. 10.

25 Pero a la teoría finalista, a pesar de ser inadecuada como teoría general de la acción para el Derecho penal y de haber sido muy sobrevalorada en su utilidad práctica, le debemos agradecer progresos esenciales en la teoría del injusto [51]: sobre todo el haber comprendido que el injusto no se basa sólo —como se había sostenido en el sistema "clásico" del delito— en el resultado típico, sino que es esencialmente co-determinado por el desvalor de acción de la conducta del autor. Y ello vale no sólo para los delitos dolosos, en los que lo dicho resulta especialmente evidente por la ordenación del dolo dentro del injusto, sino también para los hechos imprudentes, en los que es co-constitutiva del injusto, no la finalidad ciertamente, pero sí la falta de control de la acción y por tanto un elemento personal.

4. El concepto social de acción

26 El concepto social de acción se remonta en sus comienzos a la época anterior a la teoría final de la acción, pero sólo en los últimos 20 años ha adquirido su actual significación, de tal modo que históricamente en cuanto a sus efectos debe ordenarse tras el finalismo. Ya Eb. Schmidt en su reelaboración del tratado de Liszt había definido la acción como "conducta voluntaria hacia el mundo externo **social"** [52] y, diferenciándose claramente de Liszt, había escrito [53]: "La 'acción' no nos interesa como fenómeno fisiológico desde puntos de vista de las ciencias naturales, sino como fenómeno social en la 'dirección de sus efectos hacia la realidad social'" [54]. De modo totalmente similar, Engisch define el actuar como "la producción voluntaria de 'consecuencias' calculables socialmente relevantes" [55], en cuya definición dicho concepto debía abarcar, junto con las acciones dolosas-finales, precisamente también las acciones imprudentes. Por su parte, Maihofer dice [56]: "'Acción' es una conducta dirigida a la lesión de bienes sociales", y posteriormente [57] sigue desarrollando esa caracterización hasta formularla en el sentido de que acción es "toda conducta objetivamente dominable en dirección a un resultado social objetivamente previsible". Y la versión más sencilla se encuentra en Jescheck, para el que acción es "toda conducta socialmente relevante" [58, 59].

---

[51] En ese sentido hay que dar por tanto toda la razón al discípulo de Welzel, Hirsch, cuando defiende los logros de la teoría final de la acción, ZStW 93 (1981), 831; 94 (1982), 239.

[52] v. Liszt/Schmidt, StrafR, [26]1932, t. I, 154.

[53] v. Liszt/Schmidt, StrafR, [26]1932, t. I, 153.

[54] Esta idea es aplicada luego en la práctica por primera vez por Eb. Schmidt en: Die militärische Straftat und ihr Täter, 1935, 22 s., n. 45; Der Arzt im Strafrecht, 1939, 75, n. 29; SJZ 1950, col. 290; JZ 1956, 190. Resumiendo: Eb. Schmidt, Engisch-FS, 1969, 339 ss.

[55] Engisch, [2]1965, 38. Similar ya en: Kohlrausch-FS, 1944, 160 s.

[56] Maihofer, 1953, 72.

[57] Maihofer, Eb. Schmidt-FS, 1961, 178.

[58] Jescheck, Eb. Schmidt-FS, 1961, 151; idem, AT [4], § 23 IV 1; LK [11]-Jescheck, antes del § 13, nm. 32.

[59] Similar Wessels, AT [23], § 3 II 2 c: "la conducta socialmente relevante dominada o dominable

Como se ve, las plasmaciones concretas del concepto social de acción son muy distintas, pero se parecen en que todas ven en el concepto de lo social un elemento esencial para la acción. Las ventajas de un concepto así saltan a la vista: se nos ofrece como elemento base, ya que todas las manifestaciones de conducta delictiva se pueden caracterizar sin violencia alguna como fenómeno social, y en cuanto elemento de enlace o unión también parece mucho más adecuado que el concepto natural y que el final de acción, ya que las valoraciones jurídicopenales se pueden conectar de modo más convincente al acontecer social existente en cada caso que a los "movimientos musculares" o a la finalidad, inexistente en las omisiones e irrelevante en los hechos imprudentes. 27

Pero también el concepto social de acción tiene sus puntos débiles [60]. Así, en primer lugar no puede cumplir la función delimitadora, importante a efectos prácticos, pues ciertamente los meros pensamientos no son socialmente relevantes, pero todo lo demás que se quiere excluir por medio del concepto de acción: actos de personas jurídicas, efectos de la *vis absoluta*, movimientos puramente reflejos u otros no controlables, sí que es socialmente relevante. Y en efecto, los defensores del concepto social de acción se ven forzados, o a tomar prestadas características del concepto natural de acción recurriendo a los criterios de la voluntariedad, dominabilidad o semejantes, y a exponerse así a las objeciones formulables contra dicho concepto, o bien a desplazar la función delimitadora a un elemento situado al margen de lo social. Así Jescheck concede un significado autónomo dentro de su definición al concepto de "conducta (o comportamiento)", que define como "respuesta a posibilidades de acción" [61, 62]. Este es un punto de partida digno de tenerse en cuenta (cfr. nm. 44), pero no tiene nada que ver con el criterio de lo socialmente relevante; e incluso hay que preguntarse hasta qué punto sigue siendo relevante, si es que lo es, la relevancia social, es decir, qué "respuesta a una exigencia situacional... realizando una posibilidad de reacción" se va a excluir del concepto de acción por falta de relevancia social. 28

Además, el concepto social de acción presenta una dificultad como elemento de enlace, consistente en que apenas se lo puede delimitar del elemento valorativo del tipo [63], ya que la valoración social y la jurídica están en relación de 29

---

por la voluntad humana"; además Preisedanz[30], nota previa B III 1; Kienapfel, 1966, 23: "conducta socialmente relevante llevada por la voluntad". Aprobando el concepto social de acción tb. E. A. Wolff, 1964, 29 ss.; el mismo, Radbruch-GS, 1968, 299.

[60] Desde la perspectiva finalista resume la crítica Hirsch, ZStW 93 (1981), 852 ss.

[61] Jescheck, Eb. Schmidt-FS, 1961, 152. Más exactamente ahora idem, AT[4], § 23 IV 1: "toda respuesta del ser humano a una exigencia situacional reconocida o al menos reconocible, realizando una posibilidad de reacción de la que puede disponer libremente".

[62] Muy similar E. A. Wolff, 1964, 17, en el marco de su "concepto individual de acción" (sin referirse a Jescheck): "echar mano, libremente y conforme a un sentido, de una posibilidad abierta al individuo".

[63] Cfr. al respecto tb. Schünemann, GA 1985, 346.

tal dependencia recíproca que apenas son separables. Es cierto que el Derecho regula frecuentemente hechos sometidos a una valoración social previa, pero también es frecuente que, a la inversa, sea la valoración jurídica la que determine la valoración social. Así, la cuestión de si una mujer que en cierto modo opera sobre su cuerpo realiza al hacerlo algo sumamente privado y sin relevancia social o si de ese modo practica una acción abortiva socialmente relevante, depende totalmente del estadio a partir del cual el legislador define como "interrupción del embarazo" (cfr. § 219 d) una conducta que hasta ese momento pasa inadvertida en el ámbito social; aquí la valoración social sigue a la jurídica. O si un automovilista conduce por una vía pública a una velocidad de 60 km/h., puede que ello también sea socialmente relevante conforme a un vago uso del lenguaje, pero en todo caso lo decisivo para su sentido social es la circunstancia de si en tal caso rebasa o no un límite de velocidad garantizado con una sanción [64]. Por tanto, se puede afirmar que a veces es la tipicidad lo único que fundamenta la relevancia social de una conducta y que en otros casos influye decisivamente en la misma.

30 Debido a esa interdependencia entre valoración jurídica y social, la categoría de lo social es menos previa al tipo que integrada en el mismo. Y coherentemente con ello, la mayor parte de los defensores de la teoría social de la acción quiere eliminar también del Derecho penal los cursos causales imprevisibles ("aventureros") sirviéndose de su concepto de acción. De ese modo explica Eb. Schmidt que los padres del asesino son ciertamente causa de la muerte de la víctima, pero que no la han "matado" [65]; Engisch excluye de su concepto de acción las consecuencias "incalculables", e igualmente Maihofer sólo quiere imputar a la acción los resultados "objetivamente previsibles" (cfr. nm. 26). Sin embargo, la cuestión del curso causal y su previsibilidad no es un problema de la acción, sino del tipo, dado que la imputación del resultado típico sólo puede realizarse conforme a criterios valorativos típicos [66]; por tanto, la interpretación del sentido social se produce ya en el horizonte del tipo. Y lo mismo ocurre con otros conceptos jurídicos que remiten a la dimensión de lo social, como la "adecuación social" desarrollada por Welzel (para más detalles, § 10, nm. 33 ss.) o los "principios ordenadores sociales" destacados por mí mismo (para más detalles, § 7, nm. 63), que sólo pueden resultar fructíferos en el marco de la teoría del injusto y no en el de un concepto de acción previo a la misma. Fuera de estos casos, el *topos* de lo "social" también es un importante punto de vista interpretativo en la teoría del injusto, pero precisamente por ello no es un elemento capaz de fundamentar un concepto de acción previo al Derecho penal.

---

[64] En cuanto a este ejemplo cfr. Bockelmann/Volk, AT [4], § 11 II 3.
[65] Eb. Schmidt, Engisch-FS, 1969, 343.
[66] Así tb. certeramente Jescheck, Eb. Schmidt-FS, 1961, 153.

De todo lo dicho se desprende que, pese a la fuerza expresiva de tal concepto, la "relevancia social" no es adecuada como elemento sistemático de enlace o unión, ya que en ella no se trata del "sustantivo", al que hay que añadir los predicados valorativos jurídicos, sino que con la misma se designa ya una cualidad importante sólo en la valoración del injusto. Y asimismo ésta es la única concepción que coincide con el uso habitual del lenguaje, según el cual hay acciones socialmente relevantes, pero naturalmente que también las hay socialmente irrelevantes. Así pues, la relevancia social es una cualidad que una acción puede tener o no tener, y si falta, no desaparece la acción, sino sólo su importancia social. 31

5. El concepto negativo de acción

En los últimos tiempos y con diversos puntos de partida, varios autores han intentado dar un nuevo fundamento a la teoría del delito desarrollando un "concepto negativo de acción". El punto de vista decisivo de todas estas teorías se denomina "principio de evitabilidad", cuya primera formulación válida se encuentra en Kahrs [67]: "Al autor se le imputa un resultado si no lo ha evitado aunque podía evitarlo y el Derecho se lo exigía". Pero mientras que Kahrs sólo ve en la evitabilidad un principio de imputación propio del tipo, Herzberg utiliza por primera vez el principio como base del concepto de acción que denomina "negativo" y que abarca por igual la comisión y la omisión [68]: "La acción del Derecho penal es el no evitar evitable en posición de garante". Con ello se refiere a que tanto el autor de una comisión como el de una omisión, exactamente igual ambos, no evitan "algo", p.ej. el resultado típico en el caso paradigmático del delito consumado de resultado, pero ambos lo hubieran podido evitar; el autor comisivo, en cuanto se hubiera retraído él mismo, y el autor omisivo, en cuanto se hubiera interferido en el curso causal impidiendo el resultado. Por tanto, a ambos se les achaca un "no evitar evitable". Para no dejar este concepto de acción en una total falta de límites —pues teóricamente se puede evitar ininterrumpidamente todo lo posible interfiriendo en cualesquiera cursos causales—, Herzberg exige adicionalmente una "posición de garante", en el sentido de una "responsabilidad especial" del autor limitada a determinados grupos de personas. Dicha cualidad es reconocida de modo general en la mayoría de los delitos omisivos como presupuesto de la realización del tipo, pero según la concepción de Herzberg, y en contra de la opinión casi unánime, se da asimismo en los delitos comisivos, en cuanto que "en el movimiento corporal delictivo la persona se actualiza como foco potencial de 32

[67] Kahrs, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, 1968, 36. No obstante, es cierto que la idea de evitabilidad siempre ha cumplido un papel en contextos diversos dentro de la dogmática jurídicopenal. Para indicaciones bibliográficas de la doctrina antigua cfr. tb. Engisch, Gallas-FS, 1973, 193, n. 65.

[68] Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, 177.

peligro" y de ese modo se hace responsable de la evitación del resultado [69]. Es cierto que en algunos delitos de omisión —como los §§ 138 o 323 c *— el deber de evitación no se limita a determinadas personas, sino que se extiende a todo el mundo; por eso Herzberg extrae expresamente la consecuencia de que los delitos de esa clase no encajan en su concepto de acción [70].

33 De modo muy similar y sobre la base de la teoría de la motivación, Jakobs [71], renunciando a la posición de garante, define: "conducta —formulándolo para los delitos de resultado— es provocación evitable del resultado", "evitabilidad individual". Y finalmente, Behrendt [72] ha emprendido el intento, de grandes pretensiones, de apoyar y corregir el concepto negativo de acción, al que Herzberg llega por consideraciones puramente dogmáticas, mediante un modelo psicoanalítico e impulsológico de acción como "contraconducción omitida"; para él, la omisión (y con ello también la acción, que se presenta como omisión) es "no evitación evitable de la situación típica" [73].

34 Que con este concepto negativo de acción realmente se haya conseguido un elemento básico común, parece sumamente dudoso [74], aun prescindiendo del hecho de que Herzberg renuncia de antemano a la cualidad de acción en algunos delitos de omisión. En efecto, en los delitos activos de resultado el "evitar" sólo puede significar "no provocar el resultado", con lo que "no evitar" será "no provocar" el resultado. Esa doble negación tiene lógicamente el sentido de afirmación, o sea, que en palabras claras significa: provocar el resultado. Pero esa "provocación" está desde siempre tan separada de la "no interrupción del resultado", en cuya forma se presenta la no evitación en los delitos omisivos, como el hacer y el dejar de hacer; es decir, que afirmación y negación no encajan en el mismo supraconcepto de negación porque lingüísticamente también se pueda expresar la afirmación como doble negación. Es cierto que el concepto de Behrendt de "contraconducción omitida" está vinculado a realidades **psíquicas** que se pueden comprobar por igual en la comisión y la omisión; pero con ello sucede como con la "voluntariedad" en el concepto

---

[69] Herzberg, 1972, 173.

* Preceptos del StGB sobre la omisión de denunciar ciertos delitos y sobre la omisión de socorro [N. del T.].

[70] Herzberg, 1972, 176.

[71] Jakobs, Welzel-FS, 1974, 309; la segunda cita en AT [2], 6/antes del nm. 24 (con fundamentación detallada en nm. 24 ss.).

[72] Behrendt, 1979; idem, 1983; idem, Jescheck-FS, 1985, 303.

[73] Behrendt, 1979, 132.

[74] Sigo en este punto a Engisch, Gallas-FS, 1973, 174 ss.; cfr. tb. Maiwald, ZStW 86 (1974), 653, n. 86; Schmidhäuser, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 141 s. Incluso Jakobs, AT [2], 6/33, a pesar de su propia atención a la evitabilidad, se distancia del concepto negativo de acción, al que reprocha "confusión terminológica", aunque también le reconoce "elementos positivos" no suficientemente valorados (loc. cit., n. 81); Herzberg, JZ 1988, 576 ss., defiende el concepto negativo de acción frente a sus críticos, a quienes reprocha "falta de disposición para reflexionar sin prejuicios... sobre la nueva concepción" (p. 579), pero exceptúa de esa crítica a Engisch.

natural de acción, pues si una persona no conoce un mandato penal de acción (p.ej. un deber de entrega o de aviso), no es posible encontrar un substrato **psíquico** en la omisión, por lo que el carácter común del supraconcepto no parece fundable ni lógica ni psicológicamente.

Y como elemento de unión en el sentido tradicional tampoco se puede 35
utilizar el concepto negativo de acción. En primer lugar, porque se trata de un concepto de acción que incluye el tipo y por tanto restringido al Derecho penal. Ello está fuera de toda duda en el caso de Herzberg, dado que atiende a la posición de garante [75]; por su parte, Behrendt quiere exponer la pretipicidad de su concepto de acción, considerando el contracontrol omitido como algo temporalmente previo a la tipicidad [76], pero la verdad es que él también parte de la base de que "no es concebible una total separación entre el campo de la acción y el tipo" [77], y esto lo deja suficientemente claro la relación de su concepto de acción con la "situación típica". Así pues, lo que ofrece el concepto negativo de acción es más bien una caracterización del actuar típico; ya el concepto de la no evitación sólo tiene sentido si se presupone un deber de evitar, que en Derecho penal se deriva del tipo. Pero lo cierto es que no hay una gran necesidad de supraconceptos típicos y tampoco hay una carencia de ellos; en ese sentido, la "no evitación evitable" no designa otra cosa sino lo que se podría denominar "contravención prohibida" o "infracción de la norma". También para Jakobs [78] la "causación individualmente evitable del resultado" (= acción) es únicamente el "supraconcepto común al actuar doloso y al (individualmente) imprudente", de tal modo que la causación de una muerte individualmente no evitable ya no es en absoluto una acción [79]: "falta... un proyecto del mundo no conforme a Derecho y la norma no es vulnerada. Ahora bien, esta interpretación de la norma con una orientación tan fuertemente subjetiva ciertamente no tiene validez general, sino que es el intento de describir condiciones de interacción practicadas actualmente en el campo del Derecho penal".

Esa proximidad al tipo del concepto negativo de acción hace que sufra 36
también su fuerza expresiva, pues, de acuerdo con él, las acciones positivas o valorativamente neutras no son acciones en absoluto, ya que no tiene el menor sentido caracterizar como "no evitación evitable" la realización de una buena obra o la ingestión de una comida [80]. El propio Behrendt [81] destaca que el concepto negativo de acción se ocupa, "no del actuar humano en general, sino

---

[75] Cfr. el propio Herzberg (1972, 184), invocando mis manifestaciones en ZStW 74 (1962), 516.
[76] Behrendt, 1979, 130 ss.
[77] Behrendt, 1979, 131.
[78] Jakobs, AT ^{2}, 6/27.
[79] Jakobs, AT ^{2}, 6/24.
[80] Sobre este ejemplo cfr. Herzberg, 1972, 185.
[81] Behrendt, 1979, 96.

sólo de manifestaciones de destructividad humana". Pero de este modo es casi imposible entender una actuación justificada como acción, pues si p.ej. yo utilizo un coche ajeno para salvar una vida, ésta es una acción típica (del § 248 b) justificada por el § 904 BGB *, pero es chocante y absurdo caracterizar a ese hecho como "no evitación evitable" y como manifestación de destructividad humana [82]. Con ello se ve claramente que este concepto caracteriza la valoración negativa de una acción, pero no la acción misma.

37 Ahora bien, de ese modo el concepto de acción tampoco puede servir ya de base a las diferenciaciones sistemáticas a las que debería ofrecer una "columna vertebral" en cuanto elemento de unión. Así se reconoce hoy que la delimitación entre autoría y participación, o entre acto preparatorio y tentativa, debe efectuarse de modo distinto en las comisiones y en las omisiones debido a la diferencia de su sustrato material; pero si se cambia el significado de todos los hechos activos convirtiéndolos en omisiones, la delimitación y en general la dogmática tendrían que seguir de modo uniforme las reglas que rigen los delitos de omisión [83], lo que conduce a resultados inadmisibles y tampoco lo defienden los partidarios del concepto negativo de acción. Cuando Lenckner [84] opina lacónicamente que con el concepto negativo de acción "las cosas... se ponen del revés", se está refiriendo a que la inmensa mayoría de las perturbaciones de la paz se manifiesta como intromisión activa en la esfera jurídica de otros, y a que **con ello** tendrían que entroncar también las valoraciones jurídicas.

38 Por último, el concepto negativo de acción apenas puede cumplir tampoco la función delimitadora. En primer lugar, el contracontrol omitido frente a las tendencias destructivas de la propia psique comienza en la esfera exclusivamente intraanímica, incluso antes de la toma de decisión, y se mueve así en el terreno de la pura *cogitatio.* Y además, aunque es cierto que los efectos corporales condicionados de modo puramente somático y no dominables por la voluntad son "inevitables", también son "inevitables" los cursos causales imprevisibles, que hay que excluir solamente en el tipo, los errores de prohibición excluyentes de la culpabilidad o los hechos de un enajenado, que sin embargo también son acciones para el concepto negativo de acción. Por tanto, en el concepto negativo de acción no se ha introducido la razón específica de la inevitabilidad que excluye no sólo la imputación jurídicopenal en **cualquier** peldaño de la valoración, sino precisamente la imputación a la **acción.**

---

* El § 248 b StGB tipifica la utilización ilegítima de vehículos, y el § 904 BGB regula el llamado estado de necesidad agresivo del Derecho civil: ver *infra* § 16 B [N. del T.].

[82] El mismo Behrendt, 1979, 106 s., se da cuenta de esa dificultad.

[83] Stratenwerth, Welzel-FS, 1974, 296 n. 21; cfr. tb. Wessels, AT [23], § 3 II 1, antes de a.

[84] Sch/Sch/Lenckner [24], antes del § 13, nm. 36.

La aparición de la idea de evitabilidad en todas las categorías de la estructura del delito nos muestra de qué se trata en realidad: no de un concepto de acción, sino de un punto de vista de imputación, como efectivamente se había manifestado ese *topos* en ese solo sentido antes de Herzberg. Los requisitos respectivamente distintos de la acción, el injusto y la culpabilidad sólo se dan en todos los casos si el autor no los ha evitado aunque podía evitarlos. Por consiguiente, la elaboración del principio de evitabilidad desde los puntos de vista valorativos de las diversas categorías del delito es una importante misión dogmática [85], sobre la que habremos de volver frecuentemente; pero ésa no es la misión del concepto de acción. 39

6. La absorción de la acción por el tipo

Las graves objeciones que se pueden formular contra todos los conceptos de acción desarrollados hasta hoy han dado lugar a que de modo creciente se saque la resignada conclusión de que hay que abandonar la idea de un concepto de acción pretípico y con validez general, y que en su lugar, como ya tenía en mente Radbruch [86], hay que erigir la tipicidad en concepto fundamental del sistema del Derecho penal [87]. Según esta opinión, en el marco del tipo también se puede satisfacer la necesidad de excluir de antemano ciertos fenómenos como objeto de valoración jurídicopenal. Y como de todos modos, del concepto de acción no se pueden deducir consecuencias prácticas, es muy frecuente considerar como poco fructífero seguir realizando esfuerzos dogmáticos en torno al mismo; pues realmente, injusto y culpabilidad son con mucho las categorías dogmáticas más importantes. 40

Sin embargo, no se puede dejar sencillamente de lado la cuestión de la acción. En efecto, incluso aunque se comience la estructura sistemática por el tipo, no se puede por menos que hablar de acción típica o de conducta típica; pero en tal caso se plantea de inmediato la cuestión de qué es esa "acción" o la "conducta", a la que se atribuye la calificación de "típica" [88]. Además, tiene que haber un sustrato común al que se puedan vincular las valoraciones jurídicopenales, pues si según opinión casi unánime no son ade- 41

---

[85] Para cuya solución constituyen valiosas aportaciones los trabajos de Herzberg y Behrendt.

[86] Radbruch, Frank-FS, t. I, 1930, 161 s.

[87] Bockelmann, 1972, 1310 ss.; Bockelmann/Volk, AT ^{4}, § 11; v. Bubnoff, 1966, 149 ss.; Gallas, ZStW 67 (1955), 8 ss.; Klug, 1960, 37 ss.; Marinucci, 1971; Noll, 1971, 21 ss.; Otter, 1973, espec. 136 s.; Schmidhäuser, LB AT ^{2}, 7/32; Sch/Sch/Lenckner ^{24}, antes del § 13, nm. 37. Yo mismo he tendido también hacia ese punto de vista en ZStW 74 (1962), 515 ss. [= Contribución a la crítica de la teoría final de la acción, en Roxin, Problemas básicos del DP, trad. de Luzón, 1976, 84 ss.; N. del T.].

[88] Cfr. Arth. Kaufmann, H. Mayer-FS, 1966, 81; Wessels, AT ^{23}, § 3 II 1, antes de a; igualmente Hirsch, ZStW 93 (1981), 846, aunque limitándose a "los elementos generales de un hacer"; similar tb. Arm. Kaufmann, 1982, 21, 32 (sobre Kaufmann con más detalles Baumann, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 181).

cuados para ello fenómenos como pensamientos, *vis absoluta,* etc., entonces los hechos que parecen idóneos para una posible valoración han de diferenciarse de los que no son idóneos para ello mediante cualidades positivas detallables, que los conviertan en "acciones" [89]; y no es nada superfluo buscarlas, sobre todo debido a la función sistemática del concepto de acción (como "elemento de enlace o unión").

III. El concepto personal de acción

1. La acción como manifestación de la personalidad

42 Un concepto de acción ajustado a su función se produce si se entiende la acción como "manifestación de la personalidad", lo que significa lo siguiente: En primer lugar es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción [90], y eso falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal ("somática" [91]) del hombre, o "del ámbito material, vital y animal del ser" [92], sin estar sometidos al control del "yo", de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano. Si un sujeto es empujado con fuerza irresistible contra la luna de una ventana, o si durante el sueño, o en un delirio o en un ataque convulsivo, el mismo golpea en torno suyo, o si reacciona de modo puramente reflejo, todas éstas son manifestaciones que no son dominadas o dominables por la voluntad y la conciencia y por tanto no pueden ser calificadas como manifestaciones **de la personalidad,** ni imputadas a la capa anímico-espiritual de la "persona". Por otra parte, es evidente que los pensamientos y los impulsos de la voluntad pertenecen a la esfera espiritual-anímica de la persona, pero en tanto permanecen encerrados en lo interno y no se ponen en relación con los sucesos del mundo exterior, no son **manifestaciones** de la personalidad y por tanto no son acciones.

2. Concepciones próximas

43 Entender la acción como "manifestación de la personalidad" no es algo nuevo en la medida que supone una caracterización con contenido positivo de aquello que resulta como característica general cuando se ha excluido todo

---

[89] Similar Maiwald, ZStW 86 (1974), 651 s., en referencia a la distinción de la *cogitatio.* Tb. Bloy, ZStW 90 (1978), 632, opina: "El 'injusto típico' no es en sí mismo suficiente como base, ya que el concepto de acción ha de asegurar que exista un objeto idóneo para la valoración jurídicopenal".

[90] Así ya, casi textualmente, mi definición en Radbruch-GS, 1968, 262.

[91] Maiwald, ZStW 86 (1974), 635.

[92] Arth. Kaufmann, H. Mayer-FS, 1966, 106. En cambio, Michaelowa, 1968, 82, califica como acción "toda manifestación humana del ser", aunque se trate de un mero producto corporal sin participación psíquica; pero con ello se coloca la acción al mismo nivel que los efectos de la naturaleza y ya no puede cumplir su función de delimitación y de enlace.

lo que, según consenso general, **no** aparece como acción. Pero sin embargo, ese fenómeno tan claro de la "manifestación de la personalidad" es deformado en la mayoría de las teorías de la acción reduciéndolo a detalles naturalísticos (como "voluntariedad" o "corporalidad") y a formas de aparición especialmente marcadas ("finalidad"), o sobrecargándolo con valoraciones anticipadas (como "social" o "no evitación evitable"). Las concepciones más próximas a la aquí defendida son el desarrollo autónomo de la idea de la atribuibilidad personal por parte de Rudolphi [93] y la concepción de Arthur Kaufmann [94], que ya en el año 1966 esbozó una "teoría personal de la acción", concibiendo la acción como "objetivación de la persona" [95].

No obstante, no siempre puedo seguir a Arthur Kaufmann en sus precisiones concretas en el sentido de que actuar ha de ser la "configuración responsable y con sentido de la realidad con consecuencias causales dominables por la voluntad" [96]. En efecto, los hechos de un enfermo mental, p.ej., son ciertamente manifestaciones de la personalidad, pero no se pueden describir bien como "configuración responsable y con sentido de la realidad", pues en general hay que decir que Kaufmann restringe excesivamente el concepto personal de acción al vincularlo a la "libertad". Del mismo modo, la imputación de las "consecuencias causales" no es un problema de la acción, sino del tipo. Por otra parte, cuando Jescheck [97] define la "conducta" como "libre" respuesta a posibilidades de acción de que se dispone y, de modo muy similar, E. A. Wolff [98] caracteriza su "concepto individual de acción" como el "echar mano, libremente y con sentido, a una posibilidad abierta para el individuo", igualmente se pueden considerar tales conceptos como descripciones de una "manifestación de la personalidad"; pero dicha caracterización también me parece demasiado estrecha: Si un omitente no es consciente en absoluto de la llamada de la norma, su conducta frecuentemente no se podrá interpretar como "respuesta", del mismo modo que por regla general falta la "libertad" como mínimo en los hechos no culpables, que sin embargo también son acciones. En cambio, conforme a la opinión aquí mantenida no supone ninguna dificultad concebir p.ej. el olvido como manifestación de la personalidad y por tanto como acción. Es cierto que el mismo difícilmente puede concebirse como una "respuesta" a algo (Jescheck), o como un "echar mano, libremente y con sentido, a una posibilidad" (Wolff), o como una "configuración con sentido de la realidad" (Arth. Kaufmann), pero ya en el campo prejurídico se le puede atribuir a cualquiera su olvido como obra **suya**, y eso basta para una manifestación de personalidad. De igual modo, es cierto que los hechos de un enfermo mental no se pueden calificar como "libres" o como "responsables", pero sí que son manifestaciones de una personalidad (aunque sea enferma y enloquecida) y pueden ser atribuidas a su (anormal) esfera anímico-espiritual; y precisamente ahí radica la diferencia con una no-acción, en la que ello no es posible. También está próxima a las posiciones recién mencionadas y a la concepción aquí defendida la teoría de Gimbernat [99], que parte del supraconcepto de "comportamiento" como una "relación del hombre con su mundo circundante" y para ello requiere que "en 44

[93] SK [5]-Rudolphi, antes del § 1, nm. 17 ss., enlazando con mis planteamientos en la Radbruch-GS, 1968, 262 s.

[94] Arth. Kaufmann, H. Mayer-FS, 1966, 79 ss. (101). Se apoya en parte en la teoría personal de la acción de Arth. Kaufmann, y en parte en las teorías de la acción de los hegelianos del siglo XIX, el "concepto liberal de hecho punible" de Schild (AK-Schild, antes del § 13, nm. 2 ss.).

[95] También van en la dirección aquí emprendida las reflexiones de Maiwald, ZStW 86 (1974), 655, que sin embargo renuncia conscientemente a desarrollar un concepto propio de acción.

[96] Arth. Kaufmann, H. Mayer-FS, 1966, 116.

[97] Jescheck, Eb. Schmidt-FS, 1961, 151 s.; idem, AT [4], § 23 IV 1.

[98] E. A. Wolff, 1964, 17.

[99] Gimbernat Ordeig, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 164.

primer lugar: el yo se encuentre en situación consciente, y en segundo lugar —dando por supuesta la consciencia— que fuera físicamente posible otra posición".

45 También guarda similitud con la concepción de la acción como manifestación de la personalidad la teoría desarrollada por Hruschka [100] enlazando con las investigaciones de la filosofía moral anglosajona, y según la cual "acción" es la aplicación de una "regla" por un sujeto, y a ese respecto, puede tratarse de reglas de la experiencia, de la lógica, de la gramática, de un juego, etc. En efecto, si p.ej. se considera también a las "reglas" autoimpuestas como aplicación de reglas, se podría considerar las manifestaciones de personalidad en sentido amplio como aplicaciones de reglas. Pero aun así dicho concepto seguiría siendo en parte demasiado estrecho, y en parte demasiado amplio: demasiado estrecho porque no se ajusta a las omisiones (¡piénsese en el ya citado olvido!), las cuales también son definidas por Hruschka como "no aplicación de una regla" [101], con lo que de nuevo llega a la bipartición del sistema efectuada por Radbruch; y demasiado amplio, porque la ideación de un plan delictivo seguramente es una aplicación de reglas (del pensamiento y la experiencia), pero por falta de "manifestación" precisamente no es una acción [102]. Y además Hruschka presta excesiva atención al hecho de que toda aplicación de una regla presupone la "conciencia de la aplicación de la regla" [103] (sobre la cuestión de la conciencia cfr. para más detalles nm. 60 ss.) [104].

46 Conectando con modernos esfuerzos de la filosofía del lenguaje, Kindhäuser [105] desarrolla el concepto de "acción intencional", según el cual acción es "un hacer decidible, mediante el cual el agente está en condiciones de provocar un acontecimiento. Peculiaridades se presentan en las acciones omisivas, en cuanto que en ellas los resultados de la acción no son acontecimientos sino acciones" [106]. En este contexto, con la palabra "decidibilidad" se quiere significar que el hacer puede ser objeto de una posible decisión, lo que no sucede en los movimientos involuntarios (como el estornudo o la digestión). La omisión se determina en cuanto "admitir" de tal manera que supere "el test del hacer" [107]; y a ese respecto, por hacer se entiende prácticamente lo que aquí hemos denominado "manifestación de la personalidad". Dolo e imprudencia deben encajar por igual en ese concepto de acción: "En ambas manifestaciones el agente está en cada caso en condiciones de provocar un acontecimiento mediante un hacer decidible —en un caso el acontecimiento es el objeto intencional del hacer, y en el segundo caso el acontecimiento es evitable y previsible—. Ambas formas de imputación requieren la posibilidad de control" [108]. La verdad es que es difícilmente inteligible cómo se puede seguir encajando el segundo caso en el criterio de la intencionalidad [109], pero en conjunto Kindhäuser llega a resultados similares a los aquí defendidos. No obstante, me parece que los esfuerzos de la filosofía del lenguaje y de la teoría analítica de la acción [110] no llevan más allá de donde ha llegado el desarrollo de la teoría de la acción por la propia teoría del Derecho penal en las últimas décadas; y por otra parte es interesante ver cómo la filosofía y la teoría de la ciencia pueden apoyar perfectamente soluciones de la reciente teoría jurídicopenal de la acción. También Schmidhäuser apela a una teoría intencional de la acción

---

[100] Hruschka, Strukturen der Zurechnung, 1976, 13.

[101] Hruschka, 1976, 60 s.

[102] Cfr. Stratenwerth, ZStW 91 (1979), 911, que alude al problema del "cálculo mental".

[103] Hruschka, 1976, 25.

[104] Para un enjuiciamiento crítico de la posición de Hruschka cfr. las recensiones de Stratenwerth, ZStW 91 (1979), 906 ss., y Küper, GA 1978, 158 ss., así como Kindhäuser, 1980, 197 ss.

[105] Kindhäuser, Intentionale Handlung, 1980; sobre "análisis causal y adscripción de la acción", Kindhäuser, Kausalanalyse und Handlungszuschreibung, GA 1982, 477.

[106] Kindhäuser, 1980, 202 s. (casi textualmente coincidente en pp. 175, 211, 213, 214, 215, 216).

[107] Kindhäuser, 1980, 176.

[108] Kindhäuser, 1980, 211.

[109] Cfr. tb. Jakobs AT [1], 1983, 6/11, n. 43: "La cruz de esta solución sigue siendo —al igual que para los finalistas— la imprudencia. La interpretación de Kindhäuser como intencionalidad potencial adolece de los mismos defectos de los que adolecía la finalidad potencial".

[110] Influyente a ese respecto Anscombe, Intention, 1957.

("acción como hacer querido")[111], pero su concepto de acción está limitado sólo a los delitos comisivos y es concebido como "parte del suceso abarcado en el tipo de injusto". A Schmidhäuser se le adhiere su discípulo Alwart en su escrito, más filosófico-jurídico que jurídicopenal, "Recht und Handlung" ["Derecho y acción"] (1967), en el que se desarrollan los "rasgos básicos de la teoría hermenéutica de la acción" (pp. 110 ss.). Por último, Kargl, basándose en una "teoría cognitiva de la acción", define el actuar como "conducta de decisión determinada por la situación y responsable" (1991, 518); y también es escéptico frente a un concepto pretípico de acción.

3. El concepto personal de acción como elemento básico

47 En primer lugar, el concepto de acción como manifestación de la personalidad es idóneo como elemento básico, al abarcar todas las formas de manifestación de la conducta delictiva y, aparte de ello, todo lo que en el campo prejurídico tiene sentido calificar como "acciones". Las acciones dolosas e imprudentes son manifestaciones de personalidad tanto como las omisiones. E incluso la omisión por imprudencia inconsciente es una manifestación de la personalidad que se le puede imputar al sujeto como infracción de la norma y contraria a la prohibición, como "obra" suya; si no se pudiera, no sería posible tampoco fundamentar la antijuridicidad o incluso la punibilidad de aquélla. Así p.ej., aunque el autor de una omisión por ignorancia inculpable de la norma se halle en error de prohibición invencible, su omisión es una manifestación —si bien no reprochable jurídicopenalmente— de personalidad.

48 El concepto de acción aquí sostenido también es comprensivo en el sentido de que abarca, no un elemento parcial cualquiera del suceso, sino este mismo suceso en su totalidad. En el enjuiciamiento del suceso como manifestación de personalidad penetran finalidades subjetivas y consecuencias objetivas, así como valoraciones personales, sociales, jurídicas y de otro tipo, y sólo el conjunto de todas ellas agota su contenido significativo. Pero así como los peldaños valorativos del injusto y la culpabilidad se basan respectivamente en el suceso completo, pero éste sólo se tiene en cuenta en la medida en que sea necesario para el correspondiente aspecto valorativo (cfr. sobre ese problema sistemático básico *supra* § 7, nm. 57 ss.), así también desde el punto de la acción sólo se necesita examinar lo que es necesario para comprobar que en todo caso concurre una manifestación de la personalidad. Así p.ej., si al limpiar una escopeta se escapa un tiro, el examen de si concurre una acción sólo tiene que extenderse a la cuestión de si acaso el suceso no ha sido causado por *vis absoluta*, por un puro movimiento reflejo o algo similar; en cambio, cuestiones como si concurre, y con respecto de qué concurre, tentativa o consumación, y dolo o imprudencia, no son todavía importantes en este contexto —por más que afecten

[111] Schmidhäuser, StuB AT ^{2}, 5/5-13; cfr. tb. idem, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 131 ss. (espec. 149 ss.).

a la clase y forma de manifestación de personalidad— y sólo cobran relevancia en el marco de posteriores peldaños valorativos.

49 Por tanto está mal planteada la cuestión de si determinadas circunstancias (como causalidad, finalidad, resultado, relevancia social, etc.) "pertenecen" a la acción. Todo ello, en su caso, pertenece a la misma, como también forma además el sustrato del juicio de injusto o de culpabilidad; pero sólo es importante para el examen de la acción en la medida que de ello dependa la existencia de una manifestación de la personalidad. Así, en un caso concreto puede que para comprobar que hay una acción sea necesario incluir también aspectos sociales y jurídicos (cfr. para más detalles nm. 51 ss.), pero por regla general no hace ninguna falta. Tampoco es preciso incluir el resultado en el examen de la acción; pues, aunque algunas manifestaciones de la personalidad llevan consigo muchos resultados —extrajurídicos y jurídicos—, que en ese caso caracterizan a su vez más de cerca a la manifestación de la personalidad, no obstante su existencia es independiente del resultado y además los resultados extrajurídicos son indiferentes para el Derecho penal, mientras que los jurídicos sólo cobran importancia en la imputación al tipo.

4. El concepto personal de acción como elemento de enlace o unión

50 El concepto de "manifestación de la personalidad" también es idóneo como elemento sistemático de enlace o unión. Certeramente expuso Engisch [112] "que la imagen del mundo propia del Derecho debe ser depurada de dos clases de falsificaciones:... la normativista y la naturalística", y que por contra la imagen del mundo propia del jurista está marcada por el mundo "socio-natural" de la "experiencia cotidiana" [113]. Con ello concuerda el concepto de la "manifestación de la personalidad", que enlaza con la forma **prejurídica** de entender la acción, sin distanciarse de la concepción ordinaria de la vida de un modo naturalista (como el "movimiento muscular") o normativista (como la "no evitación evitable"), y que simultáneamente abarca gráficamente el fragmento de la realidad relevante para una primera y previa valoración **jurídica.** Dicho concepto designa el "sustantivo" al que se pueden vincular sin fuerza, y sin que fueran prejuzgadas por ello, todas las demás valoraciones jurídicopenales. Describir un delito como manifestación de la personalidad típica, antijurídica y culpable se ajusta exactamente a la situación real.

51 Sin embargo, también es cierto que el concepto de "manifestación de la personalidad" no es completamente neutral en todos los casos frente al elemento valorativo que supone el tipo, pues en el ámbito de la omisión dicho concepto tampoco puede prescindir sin excepciones de la valoración jurídica. En efecto, una omisión sólo llega a ser una manifestación de la personalidad

---

[112] Engisch, ²1965, 13.
[113] Engisch, ²1965, 15.

a través de una expectativa de acción: pues teóricamente se podrían hacer diariamente las cosas más peculiares, p.ej. trepar por los postes de las farolas, abofetear a inofensivos peatones, etc., pero no haberlo hecho no es una manifestación de la personalidad ni por tanto una acción mientras nadie espere algo semejante. Por regla general las expectativas, que son las que hacen que una "nada" meramente existente como posibilidad conceptual se convierta en una manifestación de la personalidad, están socialmente fundadas y por tanto son separables de la esfera de la valoración jurídica (o sea, del tipo). Así, si alguien a propósito no saluda a un viejo conocido, ello es una manifestación de la personalidad y por tanto, desde el punto de vista jurídico, una acción (en forma de omisión), ya que conforme a los usos sociales habría sido esperable un saludo; en cambio, la cuestión de si esa manifestación de personalidad es una injuria (§ 185) queda reservada para el examen del tipo y es independiente de su cualidad de acción. Igualmente concurre ya una acción al margen de toda valoración jurídicopenal en caso de que alguien no se preocupe de un accidentado, pues dado que la expectativa social se dirige hacia la ayuda al prójimo, la denegación de la misma es una manifestación de la personalidad; mientras que decidir si cumple el tipo del § 212 o del § 223, del § 323 c o absolutamente ningún tipo, vuelve a ser una cuestión que en principio es indiferente para la acción. Pero hay casos, sobre todo en el Derecho penal accesorio, en los que una expectativa de acción sólo y únicamente se fundamenta mediante un precepto jurídico. Así, cuando el legislador (en el campo de la economía, el comercio y la industria) establece determinados deberes de aviso o de entrega y amenaza con penar la vulneración de los mismos, es la creación del tipo lo que por primera vez convierte el no hacer en una omisión; pues mientras el aviso o la entrega no se exijan jurídicamente, sería absurdo realizarlo, y en tal caso su no realización no es una manifestación de la personalidad ni una acción (en el sentido amplio, comprensivo de la omisión), sino una nada. En tales supuestos no hay acción antes del tipo, sino que el tipo es el presupuesto de aquélla.

Por consiguiente, para el concepto de acción aquí defendido también resulta **52**
que en parte de las omisiones [114] no son separables acción y tipo, de tal modo que la comprobación de la acción ha de adentrarse en el tipo. Pero ello no priva de valor al criterio de la "manifestación de la personalidad" en su función de elemento de enlace, pues un concepto de acción materialmente adecuado no debe ocultar, sino poner de manifiesto los datos y circunstancias reales, y

---

[114] Gallas, ZStW 67 (1955), 9-12, supone que esto sucede en todas las omisiones, dado que las "expectativas extrajurídicas" no pueden fundamentar la concurrencia de una "omisión en sentido jurídico" (loc. cit., 10). Pero de ese modo la concurrencia de una "omisión en sentido jurídico" se restringe de antemano, sin necesidad e inconsecuentemente, a las omisiones típicas, mientras que, en cambio, en los delitos comisivos también se reconocen acciones pretípicas como "acciones en sentido jurídico".

lo que se ajusta a la realidad de la existencia humana es que no son sólo elementos corporales y psíquicos, sino también múltiples categorías valorativas, privadas, sociales, éticas, pero también jurídicas, quienes codeterminan en su sentido las manifestaciones de la personalidad y a veces las constituyen por vez primera. En las acciones comisivas no hace falta recurrir ni a la categoría de lo social ni a la de lo jurídico para comprobar si concurre o no una manifestación de la personalidad; y en la mayoría de las omisiones ello se desprende ya de la inclusión de la esfera social, pero en otras es preciso incluso el mandato jurídico como condición necesaria para la posibilidad de una manifestación de la personalidad.

53 De un concepto de acción no se puede exigir sino que deje eso claro. Esa intersección entre acción y tipo, comprobable en una pequeña parte de las conductas delictivas —y cuyo ámbito es sustancialmente más reducido que en el concepto negativo o en el social de acción—, no supone una "deficiencia estética" que quizás se pudiera evitar con un concepto de acción seleccionado con más fortuna, sino un hallazgo situado en la materia misma y que en su dimensión y límites no es abarcado por ningún otro concepto de acción con tanta exactitud como lo hace el criterio de la manifestación de la personalidad. A lo sumo ello podría ser perturbador desde la perspectiva de un sistema de elementos que atomice la unidad del suceso completo y que crea poder ordenar cada factor exclusivamente en un determinado "piso o planta" del sistema (cfr. § 7, nm. 76); en cambio, para un sistema teleológico-valorativo es algo normal el que una y la misma circunstancia (aquí, un mandato de actuación) pueda ser relevante bajo los aspectos de valoración de diversas categorías delictivas (aquí, tanto la acción como el tipo) (cfr. § 7, nm. 76). Allí donde el "objeto de la valoración" (en este caso, la manifestación de la personalidad) sólo surge a la vida mediante un acto jurídico de valoración (el mandato típico de actuación), también sucede que la acción, como elemento de unión, ha de mostrar ese indisoluble entrelazamiento estructural de ser y deber ser que es característico de esa zona parcial de la conducta delictiva.

5. El concepto personal de acción como elemento límite

54 Por último, el concepto de "manifestación de la personalidad" describe también el criterio decisivo para la delimitación entre acción y falta de acción.

a) En primer lugar, por supuesto que no son acciones los efectos que proceden de animales; la imposición de penas a los animales pertenece a épocas lejanas de la historia del Derecho. Es cierto que se podría discutir acerca de si los animales nunca pueden actuar de modo "voluntario" o "final" (¡piénsese en las manifestaciones de inteligencia de los monos antropoideos!), pero en todo caso sus actuaciones no son "manifestaciones de la personalidad".

55 b) Tampoco son acciones conforme al Derecho penal alemán los actos de personas jurídicas, pues, dado que les falta una sustancia psíquico-espiritual, no pueden manifestarse a sí mismas. Sólo "órganos" humanos pueden actuar

con eficacia para ellas, pero entonces hay que penar a aquéllos y no a la persona jurídica.

Esto suena a obviedad, pero no lo es. Dado que existe la necesidad de volver a privar a la persona jurídica de los beneficios que ha obtenido mediante los delitos de sus órganos y que también en otros aspectos se considera que una actuación penal sobre el patrimonio de la persona jurídica es frecuentemente más eficaz que la exigencia de responsabilidad a sus órganos, no es inusual la pena para las asociaciones en el Derecho extranjero, sobre todo en Inglaterra y en EE.UU. Y también es verdad que el Derecho alemán conoce la multa contra personas jurídicas y agrupaciones de personas como "consecuencia accesoria" de delitos o de contravenciones administrativas que se hayan cometido al actuar por personas jurídicas o agrupaciones de personas (§ 30 OWiG). Por tanto, en el Derecho contravencional son posibles sanciones, en su caso, incluso sin concurrir una "acción". Y aquí podemos dejar de lado —dada la distinta concepción y estructura del Derecho contravencional— la muy discutida cuestión de si ello es justificable, pues en todo caso, en Derecho penal hay que recurrir a otros medios para combatir la criminalidad económica; en la medida que no baste a efectos de prevención general con la privación de ganancias mediante la confiscación y el comiso (§§ 73 ss.), habrá que intervenir con penas privativas de libertad contra los órganos y gestores responsables [115]. **56**

No obstante, en los últimos años y siguiendo una tendencia internacional [115a], también se ha vuelto a encender vivamente en Alemania la discusión sobre qué sanciones se pueden imponer por el comportamiento de las corporaciones [115b]. El trasfondo de la discusión es el interés por poder combatir más eficazmente los delitos económicos o medioambientales, pero también p.ej. el lavado de dinero dentro de la criminalidad organizada; pero aún no está nada claro cómo se debería hacer, pues las propuestas formuladas hasta el momento difieren ampliamente unas de otras. **56a**

Un sector recurre a la "segunda vía" del Derecho penal (cfr. § 3, nm. 54 ss.) y propone un "modelo de medidas de seguridad" que sirva "como base legitimadora de sanciones complejas, que unan elementos represivos y preventivos, para las personas jurídicas". Como "principios legitimadores" se proponen el "estado de necesidad preventivo" y el "principio de impulso" [115c]. Por su parte, Otto pretende emplear la multa no penal como instrumental sancionador del Derecho de vigilancia económica y de ese modo sustraer una zona importante del Derecho contravencional a las categorías jurídicopenales. **56b**

Pero también hay defensores de castigar directamente a las personas colectivas (H. J. Schroth). Una parte de éstos sostiene que se puede tratar a las personas colectivas como a las personas reales (Hirsch), y se intenta superar su falta de capacidad de acción mediante la construcción de que las personas colectivas actúan a través de sus órganos, mientras que el reproche de culpabilidad por el fallo de aquéllos se les debe imputar directamente a las personas colectivas. Ahora bien, dicho "modelo simple de imputación" tropieza con la objeción de que la imputación de una acción ajena no es una acción propia de la persona colectiva y la imputación de la culpabilidad ajena tampoco es culpabilidad propia de la persona colectiva [115d]. Frente a esto, el "modelo de analogía en la culpabilidad" desarrollado por Tiedemann se basa en la idea de que a la persona colectiva le afecta una culpabilidad propia por su organización. No obstante, la culpabilidad de la persona colectiva en ese sentido (al **56c**

---

[115] Cfr. sobre todo ello, sintetizando y con ulteriores citas, Jescheck, AT [4], § 23 V.

[115a] Una visión de conjunto en Derecho comparado en LK [11]-Schünemann, § 14, nm. 74 ss.

[115b] Achenbach, JuS 1990, 601; Alwart, ZStW 105 (1993), 752; Hirsch, 1993; Otto, 1993; H. J. Schroth, 1993; Schünemann, 1979; idem, wistra 1982, 41; idem, 1992; Stratenwerth, Rud. Schmitt-FS, 1992, 295; Tiedemann, NJW 1988, 1169; idem, 1989; idem, Stree/Wessels-FS, 1993, 527; Volk, JZ 1992, 429.

[115c] LK [11]-Schünemann, § 14, nm. 78, remitiéndose a sus trabajos anteriores; cfr. n. 115b; a favor de un modelo de medidas de seguridad tb. Stratenwerth (como en n. 115b).

[115d] LK [11]-Schünemann, § 14, nm. 78, que califica la concepción de Hirsch como "extraordinariamente sorprendente precisamente para un defensor del finalismo ortodoxo".

igual que sucede ya con su acción) sigue siendo también una ficción, ya que la organización defectuosa no puede ser realizada por la propia persona colectiva, sino por sus directivos. Otras opiniones tienden nuevamente a desarrollar "reglas de imputación corporativas" propias de las personas colectivas (Volk); en cuyo caso habría que formar un concepto de acción "supraindividual" independiente para las personas colectivas, e igualmente el injusto y la culpabilidad tendrían que ser sustituidos por otras categorías o rellenados con otros contenidos. En definitiva, habrá que esperar a ver cómo sigue evolucionando la discusión.

Bibliografía: Busch, Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände, 1933; Schmitt, Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände, 1958; Seiler, Strafrechtliche Maßnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände, 1967; Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht; idem, Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, wistra 1982, 41; Tiedemann, Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. WiKG, NJW 1988, 1169; idem, Strafbarkeit und Bußgeldhaftung von jur. Personen und ihren Organen, en: Eser/Thormundsson, Criminal Legislation, 1989, 157; Achenbach, Die Sanktionen gegen Unternehmensdelinquenz im Umbruch, JuS 1990, 601; Deruyck, Verbandsdelikt und Verbandssanktion, tes. doct. Gießen, 1990; idem, Probleme der Verfolgung und Ahndung von Verbandskriminalität im deutschen und belgischen Recht, ZStW 103 (1991), 705; Schünemann, Ist eine direkte strafrechtliche Haftung von Wirtschaftsunternehmen zulässig und erfoderlich?, en: Intern. Conference on Environmental Criminal Law, Taipai 1992, 433; Stratenwerth, Strafrechtliche Unternehmenshaftung, Rud. Schmitt-FS, 1992, 295; Achenbach, Diskrepanzen im Recht der ahndenden Sanktionen gegen Unternehmen, Stree/Wessels-FS, 1993, 545; Alwart, Strafrechtliche Haftung des Unternehmens etc., ZStW 105 (1993), 752; Hirsch, Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden, 1993; Otto, Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden, 1993; H. J. Schroth, Unternehmen als Normadressaten und Sanktionsobjekte, 1993; Tiedemann, Strafrecht in der Marktwirtschaft, Stree/Wessels-FS, 1993, 527; Volk, Zur Bestrafung von Unternehmen, JZ 1993, 429; Erhardt, Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe, 1994.

Cfr. además la relación bibliográfica contenida en LK [11]-Schünemann, § 14, antes de nm. 74.

57 c) Aparte de esto, no son acciones los meros pensamientos, actitudes internas, disposiciones de ánimo y todos los afectos que permanezcan en la esfera interna [116]. *Cogitationis poenam nemo patitur:* nadie sufrirá una pena por sus pensamientos, decía ya el jurista romano Ulpiano (aprox. 170-228 d. C.). La planificación delictiva, situada todavía en la fase de las ideas, en el caso concreto se puede explorar con métodos psicológicos, pero desde luego cae de antemano fuera del campo del Derecho penal; pues aunque es cierto que en el pensamiento vive la personalidad de su creador, sin embargo falta la "manifestación" de la personalidad mientras el pensamiento sigue encerrado en el pecho y no se manifiesta. No obstante, también hay que ser consciente de que una acción no requiere necesariamente efectos externos procedentes de una persona; pues ello no sucede en el caso del omitente, que no hace nada y a veces ni siquiera tiene una voluntad dirigida a la omisión. Para admitir que hay una "manifestacion" basta con que un suceso del mundo exterior —aunque solamente sea la defraudación de una expectativa de acción, como sucede en la tentativa de omisión— le pueda ser imputado a una determinada persona.

---

[116] Distinto Jakobs, AT [2], 6/34: "También son acciones los cálculos mentales, reflexiones, etc."

d) También falta una manifestación de la personalidad y por tanto una acción allí donde el cuerpo humano "funciona sólo como masa mecánica" [117], sin que el espíritu y la psique hayan participado de algún modo o hayan tenido oportunidad de intervenir en el suceso. Quien cae al suelo inconsciente y al hacerlo rompe un jarrón, no ha actuado, por lo que no hace falta examinar el tipo de los daños. Lo mismo rige en los casos de movimientos en situación de narcosis, de delirio en alto grado, en estados de desmayo o inconsciencia profundos, en los ataques convulsivos del epiléptico o en el vómito incontenible, en quien bajo embriaguez letárgica rueda calle abajo, etc. Y sobre todo, tampoco son acciones los efectos de la *vis absoluta:* si A arroja con fuerza irresistible a B a través de una luna de cristal, B no ha actuado, mientras que en cambio A debe ser penado por lesiones y daños. Por el contrario, sí que es una acción una conducta forzada mediante *vis compulsiva* (violencia que actúa psíquicamente): si A coacciona a B, amenazándole con una pistola, a que realice una falsedad documental (§ 267), la misma es una manifestación de la personalidad de B motivada por la amenaza de muerte, por lo que actúa de modo típico-antijurídico, aunque ciertamente disculpado (§ 35). En un caso así sólo faltaría la acción si A, estando B encadenado y resistiéndose, le llevara la mano con fuerza material obligándole a escribir los trazos de la falsificación. **58**

Todo ello rige también —*mutatis mutandis,* ya que falta el efecto corporal— para las acciones omisivas. El sujeto desmayado o inconsciente no sólo no puede cometer nada, sino que tampoco puede omitir nada. Y en caso de inactividad hay que añadir además el supuesto de que el centro personal de acción esté intacto como tal, pero vea impedida por fuerza física la manifestación requerida: así, el padre atado de pies y manos, que tiene que ver sin poder evitarlo el asesinato de su hijo, no ha omitido impedir su muerte; y lo mismo sucede en la inactividad del tullido, en el silencio del mudo o en los demás casos de absoluta incapacidad de acción. **59**

e) En una discutida zona límite se penetra en el caso de los movimientos reflejos, automatismos, hechos producidos bajo impulsos afectivos de alta intensidad o en embriaguez "sin sentido". **60**

Ejemplo 1 (OLG Hamm NJW 1975, 657): En el momento en que una automovilista tomaba una curva, de repente entra desde fuera del vehículo un insecto que se lanza contra su ojo; la conductora hace un "movimiento defensivo brusco" con la mano y pierde por ello el control del vehículo y provoca un choque.

En tales reacciones espontáneas apenas es percibible una voluntad consciente en el sentido de pensar en ello. Por tanto, si desde la perspectiva del concepto natural de acción se exige un movimiento muscular ejecutado cons-

[117] Schewe, 1972, 24.

cientemente, o desde la visión del finalismo se requiere un control planificado, realmente habría que rechazar que en esos casos concurra una acción [118]. Y sin embargo lo correcto es afirmar que concurre (así tb. OLG Hamm), pues se da —aunque sea sin reflexión consciente— un movimiento defensivo transmitido psíquicamente y dirigido a un objetivo, y eso basta para admitir que hay una manifestación de la personalidad [119]. Por tanto, los movimientos reflejos únicamente no son acciones cuando "la excitación de los nervios motores no está bajo influencia psíquica", sino que el estímulo corporal se transmite directamente del centro sensorial al del movimiento (OLG Hamm, loc. cit.), como p.ej. sucede en el involuntario cerrar de ojos por chocar un objeto contra ellos o en las convulsiones por una descarga eléctrica o en las comprobaciones médicas de los reflejos.

61 **Ejemplo 2** (OLG Frankfurt VRS 28 [1965], 364): Una mujer que conduce de noche un coche por la autopista a 90 km/h., ve de pronto a una distancia de 10 a 15 metros por delante un animal del tamaño de una liebre, por lo que gira "el coche a la izquierda" y choca contra la valla divisoria, produciéndose la muerte de la acompañante.

Aquí la reacción evasiva es una "acción automatizada", una disponibilidad de acción adquirida mediante larga práctica y que llegado el caso se transforma en movimientos sin reflexión consciente. En el ser humano están ampliamente automatizados los movimientos constantemente repetidos y su curso, y así sucede p.ej. al caminar, pero también en la conducción automovilística: "El manejo del freno, embrague, cambio de marcha, acelerador y volante se produce en gran medida inconscientemente" [120]. En el caso normal ello es absolutamente adecuado, pues acelera la reacción en situaciones en que una reflexión duraría demasiado tiempo; pero en el caso concreto pueden producirse reacciones equivocadas, que en tal caso tienen lugar tan poco "conscientemente" como las maniobras con éxito. Pero las disposiciones para la acción aprendidas pertenecen a la estructura de la personalidad, y su desencadenamiento es manifestación de ésta, con independencia de si en deteminadas situaciones conduce a consecuencias provechosas o nocivas [121].

---

[118] Así lo ha expuesto convincentemente desde la situación de la investigación médico-psiquiátrica Schewe, 1972, 24. La cuestión de si aquí aún es posible hablar de consciencia depende ciertamente también de si se elige un concepto de consciencia estricto o amplio; cfr. Krümpelmann, Welzel-FS, 1974, 337 s.

[119] Otra cuestión distinta es la de si tanto en este como en el siguiente ejemplo hay punibilidad y en su caso comisión u omisión, dolo o imprudencia, pero dicha cuestión aún no afecta al examen de la acción y debe investigarse posteriormente, en los contextos correspondientes. Jakobs admite que hay acción "en cuanto que el automatismo es anulable por vía motivatoria y no falta esa posibilidad durante el tiempo que dura el proceso de motivación" (AT [2], 6/38).

[120] Spiegel, DAR 1968, 285.

[121] Por el contrario, Franzheim, NJW 1965, 2000, rechaza que hubiera acción en caso decidido por el OLG Frankfurt; asimismo en contra de la admisión de una acción en una situación equivalente, AG Castrop-Rauxel DAR 1965, 31. Igual que aquí en cuanto a los resultados la doc. totalmente dom.; cfr. Sch/Sch/Lenckner [24], antes del § 13, nm. 41, 42, con ulter. citas, y Gimbernat Ordeig, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 164.

Ejemplo 3 (OLG Hamburg JR 1950, 408): El sujeto tenía que probar un vestido a una señora y al hacerlo la abrazó. Entonces la señora intentó rechazarlo, pero en ese momento quedó al descubierto su pecho, que el hombre se lanzó cubrir de besos y a morderlo, causándole una herida. 62

En este caso también se ocuparon varias instancias de la cuestión "de que era posible que el mordisco no hubiera sido una acción, sino un acto puramente reflejo y ya no consciente". Pues bien, difícilmente se puede hablar de un reflejo propiamente dicho, pero sí de una reacción pasional impulsiva, en cuyo caso la psiquiatría frecuentemente niega una toma de decisión concreta y un querer consciente utilizando fórmulas que según el lenguaje jurídico podrían conducir a negar que haya acción [122]. Pero lo correcto es entender que en los hechos pasionales o afectivos los problemas, como por lo demás admite también la jurispr., residen exclusivamente en el campo de la capacidad de culpabilidad; incluso aunque se trate de pasiones de gran intensidad no hay falta de acción, ya que aquellos modos de comportarse que sirven para satisfacer los instintos o, como en el caso de muertes causadas con furia ciega, para descargar la agresividad, están dirigidos a una lesión de un bien jurídico y por tanto son manifestaciones de la personalidad, que de ningún modo están sólo causalmente determinadas.

Ejemplo 4 (AG Kappeln BA 3 [1965], 31): El inculpado es conducido a su casa completamente ebrio por una mujer. Al pararse el coche, ésta incita al hombre, que al principio iba durmiendo, a que se ponga al volante y vuelva a poner en marcha el vehículo; el sujeto lo logra, arranca y, tras seguir conduciendo durante un trecho de 1,5 km, causa un accidente. 63

La jurispr. intenta distinguir: la embriaguez ordinaria excluye ciertamente la culpabilidad conforme al § 20, pero deja subsistente la acción y con ello la punibilidad en virtud del § 323 a, mientras que la "embriaguez sin sentido" elimina ya la cualidad [123] * de acción. En el caso descrito el AG absolvió al acusado "por falta de acción", ya que aquél sólo había sido una "marioneta" en manos de la mujer. Pero la verdad es que siempre (¡y también aquí!) hay una acción si el sujeto bebido aún está en condiciones de emprender movimientos coordinados y con sentido en dirección hacia un fin. Ello es evidente que sucede en la puesta en marcha y conducción de un coche; y para admitir la existencia de una acción es indiferente en qué medida esas conductas se producen conscientemente y pueden ser luego recordadas. Incluso el "zigzagueo de un borracho", tan citado como ejemplo de casos de "falta de acción", sigue siendo un intento (quizás apenas consciente y sólo más o menos afor-

[122] Cfr. al respecto gráficamente Schewe, 1972, 27 ss. y *passim*. En especial sobre la cualidad de acción del hecho pasional o afectivo, detalladamente Krümpelmann, Welzel-FS, 1974, 327 ss.

[123] Detalladamente sobre ello Schewe, 1972, 40 ss.

* El § 20 StGB contempla la eximente de inimputabilidad por trastornos mentales, sean patológicos o transitorios (en donde puede encajar la embriaguez); pero el § 323 a castiga la provocación dolosa o imprudente de una embriaguez total excluyente de la culpabilidad y en la que se comete un hecho antijurídico [N. del T.].

tunado) de andar, y por eso es una acción y no un mero proceso causal procedente de la esfera somática [124]. Sólo se excluirá la acción si los movimientos del borracho ya no permiten reconocer una relación con el medio circundante.

64 Como resumen, respecto de esos cuatro grupos de casos cabe decir que no se acomodan a ellos criterios tales como "voluntariedad", "finalidad", planificación o configuración, si se los vincula con elementos como libertad o consciencia clara. Se trata más bien de la dirección final interna, o de la "finalidad inconsciente" [125]. Y el concepto de acción aquí mantenido puede acoger sin más esas formas de acción, pues hay una manifestación de la personalidad en cuanto nos encontramos con productos de la adaptación del aparato anímico a circunstancias o sucesos del mundo exterior [126]; la personalidad no se deja reducir a la esfera de la consciencia clara como el día.

65 Sin embargo, es cierto que la causación psíquica por sí sola, como p.ej. los movimientos causados por sueños de alguien que duerme, aún no da lugar a una acción; pues como esos movimientos, aunque determinados psíquicamente, no muestran la menor relación con el mundo circundante, no entran en el mundo real como fenómenos de manifestación de la personalidad. Por otra parte, en los estados hipnóticos o posthipnóticos, coincidiendo con la opinión actualmente dominante [127], habrá que afirmar la cualidad de acción en los mismos, pues los hechos cometidos en esos estados son transmitidos psíquicamente y adaptados al mundo circundante. Como quiera que la ejecución de las órdenes hipnóticas choca con una "barrera del carácter" en la persona influida, de tal modo que las acciones extrañas a la personalidad —p.ej. en la sugestión de un delito— tampoco son ejecutadas por el hipnotizado, su atribución a la esfera de la personalidad es posible con independencia de la problemática de la consciencia (aunque naturalmente es distinta la cuestión de la responsabilidad).

66 No obstante, hay que tener claro que acción y falta de acción no están separadas mediante una cesura precisa, sino que son fluidos los casos de transición, dado que los productos de la adaptación del aparato psíquico pueden ser tan reducidos que ya no valgan como manifestaciones de la personalidad. O sea que no es cierto, como frecuentemente se piensa, que siempre sea posible distinguir ya "a primera vista" entre acción y no acción [128]. En la zona fronteriza la delimitación no se puede efectuar sin una decisión de valoración jurídica sobre si "el momento de la adaptación regulativa ya se destaca tan claramente que en la valoración jurídicopenal ya no puede ser descuidado como totalmente irrelevante" [129]. El echar mano de criterios normativos no es

---

[124] Schewe, 1972, 70; LK [9]-Heimann-Trosien, Intr., nm. 32; en cambio, Sch/Sch/Lenckner [24], antes del § 13, nm. 39, pretenden que sólo se considere acción el andar y no el movimiento errático en zigzag.

[125] Así Stratenwerth, Welzel-FS, 1974, 289, polemizando con las investigaciones de Schewe.

[126] En esa línea se sitúa tb. la delimitación que propone Schewe, 1972, 24, analizando con exactitud los hallazgos de las ciencias naturales para el concepto jurídicopenal de acción.

[127] Cfr. solamente Sch/Sch/Lenckner [24], antes del § 13, nm. 39; de otra opinión, LK [11]-Jescheck, antes del § 13, nm. 37; Wessels, AT [23], § 3 II 4.

[128] Correctamente Maiwald, ZStW 86 (1974), 636.

[129] Schewe, 1972, 71.

una desventaja ni algo inusual, sino el procedimiento que hay que utilizar para las delimitaciones en todos los ámbitos del Derecho penal. Las soluciones jurídicas no se derivan nunca de hallazgos puramente ónticos, sino sólo y en todo caso de la aplicación a aquéllas de los criterios normativos decisivos. Y por lo demás, la delimitación aquí propuesta es sencilla y practicable en cuanto que evita sobrecargar el concepto de acción con los difíciles problemas que efectivamente se presentan en el campo de la imputación del injusto y de la culpabilidad en los hechos pasionales o en estado de embriaguez, o en las reacciones espontáneas y en los automatismos.

6. La esencia del concepto personal de acción

Por tanto, el concepto personal de acción aquí desarrollado —a diferencia 67
del concepto natural y del final, pero concordando con el social y el negativo— es un concepto normativo. Es normativo porque el criterio de la manifestación de la personalidad designa de antemano el aspecto valorativo decisivo, que es el que cuenta jurídicamente para el examen de la acción. También es normativo en la medida en que en los terrenos fronterizos atiende a una decisión jurídica correspondiente a esa perspectiva valorativa [130]. Pero no es normativista (cfr. nm. 50), ya que acoge en su campo visual la realidad de la vida lo más exactamente posible y es capaz de considerar en todo momento los últimos conocimientos de la investigación empírica.

El concepto aquí defendido se diferencia de todos los demás conceptos de 68
acción en que por una parte es cierto que proporciona un supraconcepto válido para todas las manifestaciones de la conducta delictiva, pero por otra parte renuncia a buscar lo que conceptualmente tienen en común en la unidad del sustrato material (voluntariedad, corporalidad, finalidad, no evitación o similar). Las formas de aparición de la manifestación de la personalidad son muy diversas y sólo encuentran su elemento común en que se pueden imputar a la esfera anímico-espiritual del ser humano, a su personalidad. Por eso la caracterización como "manifestación de la personalidad" tampoco ofrece una definición de la que lógicamente se pudiera deducir en el caso concreto lo que es una acción. Pero por otra parte es mucho más que una denominación colectiva de fenómenos heterogéneos; más bien se trata de un concepto concreto-general en el sentido antes (§ 7, nm. 53) indicado, concepto que, al designar todas las "objetivaciones de la personalidad", proporciona un criterio que debe desarrollarse concretándolo en la realidad y que sólo en la multitud de sus caracterizaciones permite reconocer el fenómeno "acción". Dicha clase de formación conceptual no es una solución apurada, sino que ante conceptos muy amplios, si no se quiere forzar de modo cientifista la materia jurídica

[130] Totalmente coincidente en el punto de partida metodológico, Maiwald, ZStW 86 (1974), 634 s., 651.

con su riqueza de peculiaridades, es la única manera adecuada de formar los conceptos [131], y aún habrá oportunidad de mostrar su utilidad en otras categorías rectoras de la teoría del delito.

[131] Cfr. de nuevo, fundamentalmente, Roxin, Tatherrschaft, [5]1989, § 40. Exactamente igual que aquí Arth. Kaufmann, H. Mayer-FS, 1966, 87 s.: "En los supremos conceptos genéricos es sencillamente imposible una definición conceptual lógica. Así es sabido que no se puede definir el concepto del ser. Y lo mismo sucede, *mutatis mutandis,* también con el concepto de acción. Por tanto, se va de antemano por la senda equivocada si uno se empeña en establecer un concepto genérico o de clase 'definido' (= 'limitado' por medio de 'elementos' aislantes) en sentido estricto".

§ 9. Delitos menos graves y graves

Bibliografía: Rosenberg, Die Dreiteilung der strafbaren Handlungen, ZStW 24 (1904) 1; Engisch, Die neuere Rechtspechung zur Trichotomie der Straftaten, SJZ 1948, col. 660; Lange, Probleme des § 1 StGB, MDR 1948, 310; Nüse, Zur Dreiteilung der Straftaten, JR 1949, 5; Dreher, Zur Systematik allgemeiner Strafschärfungsgründe, GA 1953, 129; Heinitz, Empfiehlt sich die Dreiteilung der Straftaten auch für ein neues StGB? MatStrRef. I, 1954, 55; Imhof, Die Einteilung der strafbaren Handlungen, MatStrRef. II/1, 1954, 1; Lange, Die Systematik der Strafdrohungen, MatStrRef. I, 1954, 69; Krümpelmann, Die Bagatelldelikte, 1966; Furtner, Der "schwere", "besonders schwere" und "minderschwere" Fall im Strafrecht, JR 1969, 11; Wahle, Zur strafrechtlichen Problematik "besonders schwerer Fälle", GA 1969, 161; Zipf, Kriminologischer und stafrechtlicher Vebrechensbegriff, MDR 1969, 889; Stöckl, Ist durch die Neufassung des § 1 StGB durch das 1. Strafrechtsreformgesetz (bzw. § 12 des 2. StrRG) der Theorienstreit über die Dreiteilung der Straftaten beendet?, GA 1971, 236; Calliess, Die Rechtsnatur der "besonders schweren Fälle" und Regelbeispiele im Strafrecht, JZ 1975, 112; Fincke, Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts, 1975; Schild, Die "Merkmale" der Straftat und ihres Begriffs, 1979; Triffterer, Können Mord-Gehilfen der Nationalsozialisten heute noch bestraft werden?, NJW 1980, 2049; L. Welzel, Verbrechen oder Vergehen - keine Preisfrage, Kriminalistik 1991, 489.

La distinción entre delitos menos graves y delitos graves se refiere a acciones típicas y antijurídicas (§§ 12, 11 I n.º 5 StGB), y por tanto pasa desde la teoría de la acción, que aquélla presupone, a la teoría del injusto, pero no obstante la discutimos ya aquí porque no tiene mayores consecuencias para la estructura de la teoría del delito. La significación de su configuración en el Derecho material radica en el aseguramiento del principio *nullum crimen* en la graduación de la pena, así como en simplificaciones de técnica legislativa; para esta segunda función también sirve la distinción en Derecho procesal (nm. 7). Por ello es recomendable tratarla antes de las categorías específicamente jurídico-penales de la teoría general del delito. 1

I. Sobre la historia de la diferenciación

En su versión original, el StGB partía de una tripartición (tricotomía) de las acciones punibles y distinguía entre delitos graves (*Verbrechen*, también traducible como crímenes), delitos menos graves *(Vergehen)* y faltas *(Übertretungen)*. Esa división procede del Derecho francés [1]. 2

No obstante, la diferenciación entre delitos de diversa gravedad es ciertamente más antigua. Ya la Carolina (1532), enlazando con el Derecho germánico antiguo, que había dividido *causae maiores* y *minores*, distinguió entre los "casos penales", que eran los únicos que trataba en detalle y en los que se imponían penas de muerte, corporales y deshonrosas, y los "casos 3

---

[1] En general sobre la historia, Heinitz, MatStrRef. I, 1954, 55; Imhof, MatStrRef. II/1, 1954, 1; LK[10]-Tröndle, § 12, nm. 2.

civiles", en los que se preveían sobre todo sanciones de multa y de prisión de corta duración [2]. Posteriormente, en el juez y profesor sajón Benedikt Carpzov (1595-1666), intérprete especialmente influyente del Derecho alemán común, se encuentra, enlazando con la jurisprudencia italiana, la división en *delicta atrocissima, atrocia* y *levia,* que se vuelve a encontrar en el Codex Juris Bavarici de 1751 y en la Theresiana de 1768. Empero, con la desaparición de las penas corporales y de muerte para los delitos graves tales divisiones perdieron su importancia, y el Derecho Territorial General Prusiano (1794) ya no las mantenía. Sin embargo, en el siglo XVIII bajo el influjo de las corrientes iusnaturalistas se desarrolló una distinción entre la vulneración de derechos congénitos, la vulneración de derechos adquiridos y la mera desobediencia [3], que luego se plasmó en el Code Pénal francés y pasó del mismo a las legislaciones penales alemanas del siglo XIX.

4 El Code Pénal (de 1791, y en su versión definitiva, de 1810) contenía la distinción entre *crime* (crimen, delito grave), *délit* (delito: menos grave) y *contravention* (falta, contravención), que fue acogida por el StGB bávaro de Feuerbach (1813), por el StGB prusiano (1851) y finalmente por el Código Penal del Reich (1871). En ese proceso la distinción originaria, cualitativamente concebida, de las tres clases de delitos (cfr. nm. 3) se fue difuminando cada vez más en favor de su significado técnico-legal como punto de apoyo para graduaciones de la punibilidad así como para distinciones y regulaciones procesales sobre competencia. Sin embago, la tripartición en su forma originaria también tuvo un considerable peso material en el StGB, en cuanto que con la misma se correspondían clases de delitos muy distintas: los delitos graves o crímenes eran sobre todo los delitos castigados con pena de muerte o de presidio, los delitos menos graves eran los hechos sancionados con prisión y con penas de multa considerables, y las faltas, las acciones sancionadas con multa leve o con arresto [4].

II. Regulación y significación práctica en el Derecho vigente

5 La reforma del Derecho penal alemán (en vigor a partir del 1-1-1975) ha sustituido la tricotomía original por una dicotomía (bipartición). Dado que se han suprimido las faltas (cfr. § 2, nm. 4), ahora sólo quedan delitos graves y menos graves (§ 12 StGB). **Delitos graves** son hechos antijurídicos (sobre este concepto ver el § 11 I n.º 5 StGB) cuya pena mínima legalmente prevista es de prisión de un año o superior (§ 12 I). **Delitos menos graves** son hechos antijurídicos cuya pena mínima legalmente prevista es una pena de prisión inferior o pena de multa (§ 12 II).

[2] Cfr. en detalles al respecto v. Hippel, StrafR I, 1925, 177 s.

[3] Detalladamente sobre ello Kohlrausch/Lange, StGB, [43]1961, § 1, n. III.

[4] Además pertenecían a los crímenes todos los hechos que estaban penados con arresto asegurativo (o encerramiento) de más de 5 años. Las penas de esa clase, pero de menor duración, correspondían a los delitos menos graves. La pena de multa prevista para las faltas osciló entre 150 y (en los últimos tiempos) 500 marcos.

Por tanto, lo que cuenta es la conminación legal de pena, y no la pena realmente impuesta. Al suprimirse la distinción entre presidio y prisión (§ 4, nm. 28 s.) y darse la posibilidad de castigar en su caso también los delitos graves con multa (cfr. nm. 10), ahora la diferenciación ya no está vinculada a clases de penas divergentes por principio. Es cierto que ahora existe, igual que antes, una diferencia material entre delitos graves y menos graves en el sentido de que los delitos graves son los hechos punibles característicamente más graves; pero en el caso concreto un delito grave (p.ej. un robo violento, del § 249, por despojo de un objeto de escaso valor) puede tener bastante menos peso que un delito menos grave (como una refinada estafa millonaria del § 263, o unas lesiones peligrosas del § 223 a). Por eso, la importancia de la división legal es hoy fundamentalmente sólo de tipo formal, tanto en el Derecho material como en el procesal. 6

En el Derecho material la bipartición sirve para simplificar la técnica legal en la graduación de la punibilidad. Así, la tentativa es punible siempre en los delitos graves, mientras que en los menos graves sólo lo es en los casos expresamente previstos (§ 23 I); la inducción intentada y otros actos preparatorios de la codelincuencia son punibles en los delitos graves, y en cambio en los menos graves, por lo general no (§ 30); y de modo similar, la inhabilitación para el cargo y la pérdida del derecho de sufragio se vinculan a la distinción (§ 45 I). En la Parte especial esta dicotomía sólo sigue desempeñando un papel para el § 241 (amenazas con un delito grave). En Derecho procesal, la distinción de delitos graves y menos graves tiene importancia para determinar la competencia material de los tribunales (§§ 25, 74 GVG); y además, en caso de delitos graves está prevista la defensa como necesaria (§ 140 I, n.° 2 StPO), el procedimiento abreviado de la "orden de pena" *(Strafbefehl)* está limitado a los delitos menos graves (§ 407 StPO) y la suspensión conforme a los §§ 153, 153 a y 154 d StPO sólo es posible en los delitos menos graves. 7

Es discutida la cuestión de si el mantenimiento de la bipartición en el Derecho moderno es adecuado, aunque sólo sea en el sentido formal expuesto. En su contra cabe aducir que las distinciones pretendidas también serían practicables mediante otras técnicas legales tanto en el Derecho material como en el procesal, mientras que la utilización de los términos "delito grave" (o "crimen") y "delito menos grave" puede provocar el peligro de que el efecto discriminador que antes surgía de la pena de presidio se transmita ahora a la condena por un "delito grave" o "crimen" [5]. Si se ha abolido la pena de reclusión (o presidio) por su carácter hostil a la resocialización, lo consecuente políticocriminalmente sería renunciar también al término estigmatizador de "crimen o delito grave" como una clase especial de delito y dejar únicamente diferencias de marcos penales en unas únicas "acciones antijurídicas" o "hechos punibles". Pero por otra parte tampoco hay que sobrestimar la importancia de esta cuestión, pues desde el punto de vista de la técnica legal la bipartición tiene al fin y al cabo la ventaja de la claridad; y la discriminación de un condenado como "criminal" es menos de temer que lo que antes sucedía con el "presidiario" (o condenado a presidio), ya que la opinión pública, ante la condena por un hecho punible, se orienta fundamentalmente 8

[5] En ese sentido Baumann, AT[8], 1977, § 8 II 2 b, n. 12; Stöckl, GA 1971, 244 s.

hacia el tipo realizado y la clase de pena y presta mucho menor atención a la denominación legal de crimen o de delito menos grave.

III. La realización de la teoría "abstracta" en el Derecho vigente y su fundamentación en el principio "nullum crimen"

9 La delimitación entre delitos graves y menos graves en caso de modificaciones de la pena en la Parte general y en los supuestos de casos agravados o privilegiados en la Parte especial, que anteriormente era muy discutida [6], ha sido regulada en la reforma del Código Penal en el sentido de la teoría "abstracta", ya antes dominante en la jurispr. Según el § 12 III "no se toman en cuenta" para la división las "agravaciones o atenuaciones previstas por los preceptos de la Parte general o para casos especialmente graves o menos graves"; es decir, que para determinar la clase de delito en tales casos sólo cuenta el límite mínimo previsto en el marco penal regular, no el marco penal aplicado en concreto ni la cuantía de la pena impuesta.

10 Según la actual situación legal, como modificaciones irrelevantes para la división de los delitos dentro de la Parte general sólo cabe mencionar las atenuaciones: así las previstas en los §§ 13 II (delitos de omisión), 17, inc. 2.º (error de prohibición evitable), 21 (imputabilidad disminuida), 23 II y III (tentativa), 27 II 2 (complicidad) [7], 28 I (especiales elementos personales en el autor), 30 I 2, II (codelincuencia intentada), 35 I 2 (casos especiales del estado de necesidad) y 35 II 2 (error sobre los presupuestos del estado de necesidad). Por tanto, las atenuaciones que, basadas en esos preceptos, cabe imponer conforme a lo dispuesto en el § 49 no modifican el carácter del delito. Así p.ej., si alguien comete un robo violento con imputabilidad disminuida (§ 21), la pena mínima del § 249 I puede rebajarse conforme a lo dispuesto en el § 49 I n.º 3 a tres meses de prisión, de tal manera que en su caso incluso puede tomarse en consideración la sustitución por pena de multa en virtud del § 47 II; pero aunque en tal caso la pena concretamente impuesta estaría muy por debajo de un año de prisión, el delito sigue siendo un delito grave, por lo que p.ej. es punible la tentativa.

11 Lo mismo rige para los casos "especialmente graves" o "menos graves" en la Parte especial, las llamadas "causas modificativas innominadas". Por tanto, aunque p.ej. para casos especialmente graves de estafa (§ 263 III) o de gestión desleal (§ 266 II) esté prevista una pena de prisión de uno a diez años (y con ello un marco penal propio de delitos graves), esos delitos siguen siendo delitos menos graves, de tal modo que serán impunes la tentativa de gestión desleal

[6] Stöckl, GA 1971, 237 ss., llegó a distinguir 16 (!) diversas teorías. Cfr. también el "resumen" que se ofrece en Kohlrausch/Lange, StGB, [43]1961, § 1, n. VI.

[7] De otra opinión en este punto Triffterer, NJW 1980, 2049.

aun en un "caso especialmente grave" o la inducción intentada a una estafa especialmente grave. Y a la inversa, aunque concurran "casos menos graves", como los que están previstos en el falso testimonio con perjurio (§ 154 II), en las lesiones graves de los §§ 224 II, 225 II o 226 II, en el robo violento (§ 249 II) y en muchos otros delitos graves, el hecho no se convierte en delito menos grave, pese a que el marco penal modificado es el de un delito menos grave y la pena impuesta en el caso concreto puede ser bastante menor a la de un año de prisión. Y lo mismo sucede en el supuesto de las atenuaciones que concede el § 49 II en relación con los correspondientes preceptos de la Parte especial. En todos estos casos se mantienen sin merma los efectos que, tanto en el aspecto jurídico material como en el procesal, se vinculan a la concurrencia de un delito grave.

Esta regulación parece a primera vista sorprendente y se podría opinar que 12
sería más justo determinar el carácter del delito según la pena que corresponda en el caso concreto (perspectiva concreta) o al menos según el marco penal aplicable (perspectiva especializadora) [8] y v.gr. hacer depender de ello, y no de la cuantía mínima abstracta del marco penal regular, la punibilidad de la tentativa. Sin embargo, la jurispr. del BGH, enlazando con la del RG (RGSt 69, 51; 70, 289; 74, 65, 66), se ha manifestado de antemano a favor de la perspectiva abstracta (BGH JZ 1951, 754; BGHSt 2, 181, 393; 3, 47; 4, 226; 8, 79), y el legislador la ha seguido en este punto.

La razón decisiva y concluyente a favor de esta postura pese a la existencia 13
de importantes argumentos en contra radica en el principio constitucional *nullum crimen, nulla poena sine lege* (detalladamente sobre el mismo § 5), ya que el que en el caso concreto se aprecie un caso especialmente grave o menos grave depende en gran medida de la valoración que el juez efectúe del suceso en su conjunto. Y dado el significado que para la punibilidad tiene la división de los delitos, esto supone lo siguiente: que la ordenación dentro de los delitos graves o de los menos graves, encomendada al juez por la perspectiva concreta y por la especializadora, en muchos casos decidiría simultáneamente sobre la punibilidad o sobre el marco penal aplicable, y esto precisamente lo prohíben el art. 103 II GG y el § 1 StGB. Así p.ej. la cuestión de si es punible la tentativa debe deducirse de antemano e *in abstracto* de la lectura de la ley y no es posible que sólo se derive *a posteriori* de si el juez aprecia un caso especialmente grave o menos grave. El "carácter legalmente determinado de la punibilidad", dice con razón el BGH, "sólo... está asegurado" si la bipartición "se basa en elementos fijados en el tipo..., mas no en la valoración de la gravedad del hecho por el juez" (BGHSt 2, 183). Y asimismo está claro que la compe-

---

[8] Así opina Stratenwerth, AT[3], nm. 138: "La perspectiva abstracta conduce a graves injusticias", y personalmente aboga por el método "especializador", pero considera el Derecho vigente (§ 12 III) incompatible con el mismo (nm. 140). Tb. crítico en ese sentido Jakobs, AT[2], 6/106.

tencia procesal debe estar fijada **antes** del juicio oral; y eso sólo lo garantiza la perspectiva abstracta.

14 De esa misma idea básica se sigue también que las agravaciones y atenuaciones de la Parte especial, cuyos presupuestos están concluyentemente marcados mediante elementos típicos, modifican el carácter del delito en la medida en que las desviaciones del marco penal son relevantes para la división del § 12. Así p.ej. el tipo básico de detención ilegal (§ 239 I) es un delito menos grave, pero si se producen las consecuencias graves del § 239 II y III, habrá un delito grave, porque esas consecuencias están caracterizadas con exactitud en el tipo y el límite mínimo de la pena sube a un año o, respectivamente, a tres años de prisión. Igualmente, el § 315 III es un delito grave en contraposición al § 315 I *. Y a la inversa, el homicidio (§ 212) es un delito grave, mientras que el homicidio a petición de la víctima (§ 216) es un delito menos grave, ya que el mismo está descrito mediante las circunstancias del hecho y el límite mínimo de pena es de seis meses de prisión. Del mismo modo sólo responde de un delito menos grave —con la consecuencia p.ej. de que la tentativa es impune— quien provoca una inundación para proteger su propiedad (§ 313 II), a pesar de que en los demás casos la provocación de una inundación es un delito grave y por tanto punible también en grado de tentativa (§ 313 I). Y por lo demás, la tan discutida cuestión de si los casos agravados o atenuados deben considerarse simples derivaciones o variantes del tipo básico o delitos autónomos es siempre indiferente a efectos de decidir si concurre un delito grave o uno menos grave.

IV. Cuestiones de delimitación

15 Hoy, a la vista de la regulación del § 12 III, sólo pueden seguir planteándose dudas sobre la naturaleza delictiva de un hecho punible allí donde en un precepto sobre agravación o atenuación coinciden elementos modificativos nominados e innominados. A ese respecto aún es relativamente no problemática la constelación en la que un caso especialmente grave descrito en el tipo es caracterizado sólo como caso-regla de agravación ("un caso especialmente grave concurrirá por regla general si"); pues entonces el juez conserva siempre en sus manos la última decisión sobre la concurrencia de un caso especialmente grave, por lo que es consecuente apreciar también una causa de agra-

* Las cualificaciones del § 239 se refieren, en el párr. I a que la detención dure más de una semana o en la misma se produzcan lesiones graves, y en el párr. III a que se produzca la muerte del detenido. El § 315 I castiga con prisión de 3 meses a 5 años los daños u otras intervenciones peligrosas en el tráfico ferroviario, marítimo o aéreo, y el párrafo III sube el límite mínimo de la pena a un año de prisión si se obra con el propósito de provocar un accidente o de facilitar u ocultar otro delito [N. del T.].

vación innominada cuando se da el supuesto de un ejemplo-regla. Así p.ej., el abuso sexual de niños (§ 176 I) es en principio un delito menos grave (pena de prisión de seis meses a diez años); y ello tampoco cambia aunque haya que apreciar un caso especialmente grave, castigado por el § 176 III 1 con pena de prisión de uno a diez años, pues los ejemplos mencionados en el § 176 III 2 ("si el autor tiene acceso carnal con el niño o si durante el hecho maltrata corporalmente de modo grave al niño") sólo convierten el caso en grave "por regla general". Por tanto, el juez puede seguir apreciando un caso normal aunque concurra un ejemplo agravatorio, del mismo modo que, a la inversa, también puede afirmar que hay un caso especialmente grave aunque no se dé un ejemplo legal. En este caso la seguridad jurídica también exige determinar la clase de delito en todos los casos conforme al marco penal regular y con independencia de la valoración judicial en definitiva decisiva. Otros casos de esa técnica de ejemplos-regla que no cambia el carácter del delito son los §§ 94 II, 95 III e.r.c. el 94 II 2, 99 II, 100 a IV, 113 II, 121 III, 125 a, 218 II, 235 II, 243, 264 II, 283 a, 283 d III, 292 II, 293 II, 302 a II, 310 b III, 311 III, 311 a III, 311 e III y 330 IV.

Más difícil es la calificación cuando el legislador coloca juntas causas 16 modificativas nominadas e innominadas de tal manera que las nominadas **obligan** al juez a aplicar el marco penal modificado. El caso más conocido es la reducción de la pena del homicidio a pena de prisión de seis meses a seis años en el § 213 cuando el homicida, debido a las circunstancias indicadas en el mismo, "ha sido encolerizado por el sujeto a quien mata y ello le ha movido en el acto a cometer el hecho", o cuando "por otras razones concurre un caso menos grave". Y también en las disposiciones agravatorias puede concurrir un caso de ejemplo obligatorio junto a uno innominado: así, la acusación o denuncia política es un delito menos grave (§ 241 a I), pero el párr. 4.º de ese precepto prevé una pena de prisión de uno a diez años, entre otros casos, cuando "en la denuncia... se establece una afirmación no veraz contra el otro" o si "por otras razones concurre un caso especialmente grave".

En tales preceptos penales está claro que las circunstancias modificativas 17 innominadas no pueden cambiar el carácter del delito. Así p. ej., un homicidio sigue siendo un delito grave aunque de un modo no descrito legalmente se presente como caso "menos grave" del § 213. Pero ¿qué sucede si conforme al § 213 el autor ha sido encolerizado por el sujeto a quien mata, o si conforme al § 241 a IV el denunciante plantea afirmaciones inciertas? En tal caso parecería lógico apreciar un cambio del carácter del delito, es decir, calificar el mencionado supuesto del § 213 como delito menos grave y el del § 241 a IV como delito grave; pues, dado que el juez tiene obligatoriamente que condenar por el marco penal más leve o más grave respectivamente, no se verían en peligro la seguridad jurídica ni el principio de certeza (art. 103 II GG) si se

afirmara un cambio del carácter del delito [9]. No obstante, la moderna jurisprudencia (BGHSt 11, 233, 241; 20, 184; 32, 294; BGH NJW 1967, 1330) también ha rechazado un cambio de la clase de delito en caso de concurrir ejemplos obligatoriamente modificativos de la pena, argumentando que los ejemplos sólo sirven como "ilustración" de lo que son casos especialmente graves (o menos graves) y que por ello en cierto modo han de asimilarse y fusionarse con las causas modificativas innominadas (BGHSt 11, 241; 20, 186, y ya RGSt 69, 49, 53). En consecuencia, todos los casos de aplicación del § 213 son delitos graves (BGHSt 8, 79), así como los del § 241 a son delitos menos graves (BGHSt 20, 184; BGH NJW 1967, 1330, contra BGHSt 20, 140; esta sentencia es calificada como "superada" en BGHSt 32, 294).

18 Esta posición ha sido seguida por la opinión totalmente dominante, y también cuenta su favor con las mejores razones en cuanto a sus resultados. En efecto, si bien es verdad que el argumento de la seguridad jurídica no puede justificar la perspectiva abstracta en los casos de ejemplos obligatorios, lo cierto es que se produciría una incomprensible contradicción valorativa [10] si los ejemplos legalmente nominados pertenecieran a otra clase de delito que los casos respecto de los cuales se supone que representan manifestaciones típicas y con ello cualitativamente equivalentes. Así pues, se puede decir en resumen que sólo entra en juego un cambio del carácter delictivo en la Parte especial cuando la agravación o atenuación del marco penal se produce **exclusivamente** mediante modificaciones descritas en el tipo.

[9] Así Dreher, JZ 1965, 455; tb. BGHSt 8, 168, para el caso del antiguo § 129, y BGHSt 20, 140, para el del § 241 a IV.

[10] Cfr. Blei, AT[17], 1977, § 23 II 2: "ya más que un forzamiento del principio de igualdad".

SECCION 3.ª

TIPO

§ 10. La teoría del tipo

La siguiente relación bibliográfica vale sólo para los apartados I-III, mientras que los siguientes apartados IV-VIII, debido a la enorme cantidad de material, tienen su propia relación bibliográfica. Sin embargo, conviene indicar aquí que todas las relaciones bibliográficas de este parágrafo se completan entre sí, porque los trabajos referidos, en su mayoría, tienen importancia más allá de su tema estricto también para los otros aspectos de la teoría del tipo.

Bibliografía: Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906 (reimpr. 1964); Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907; H. A. Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911; Baumgarten, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1913; Hegler, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915), 19, 184; Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GerS 89 (1924), 207; Mezger, Vom Sinn der strafrechlichen Tatbestände, 1926 (= Traeger-FS, 1926 [reimpr. 1979], 187); Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, Str. Abh. 237, 1928; E. Wolf, Der Sachbegriff im Strafrecht, Reichsgerichts-FS, t. V, 1929, 44; Beling, Die Lehre vom Tatbestand, 1930; Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Frank-FS, 1930, t. I, 251; Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenslehre, Frank-FS, 1930, t. I, 158; E. Wolf, Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, 1931; H. Bruns, Kritik der Lehre vom Tatbestand, 1932; Claß, Grenzen des Tatbestandes, Str. Abh. 323, 1933 (reimpr. 1977); Sieverts, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Stratrecht, 1934; Arth. Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949; Schaffstein, Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre, MDR 1951, 196; v. Weber, Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, JZ 1951, 260; Lang-Hinrichsen, Tatbestandslehre und Verbotsirrtum, JR 1952, 302, 356; Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1953 ([2]1968); Lang-Hinrichsen, Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des BGH, JZ 1953, 362; Lange, Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung, JZ 1953, 9; Mezger, Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, NJW 1953, 2; Nowakowski, Rechtsfeindlichkeit, Schuld und Vorsatz, ZStW 65 (1953), 379; Schröder, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe nach dem BGH, MDR 1953, 70; Engisch, Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, Mezger-FS, 1954, 127; Arm. Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; Arth. Kaufmann, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, JZ 1954, 653; Sauer, Die beiden Tatbestandsbegriffe, Mezger-FS, 1954, 117; Schmidhäuser, Willkürlichkeit und Finalität als Unrechtsmerkmal im Strafrechtssystem, ZStW 66 (1954), 27; v. Weber, Negative Tatbestandsmerkmale, Mezger-FS, 1954, 183; Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 1 (tb. como separata en: Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 19); Arm. Kaufmann, Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung, JZ 1955, 37; Arth. Kaufmann, Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, JZ 1956, 353, 393; Engisch, Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, Rittler-FS, 1957, 165; Sauer, Tatbestand, Unrecht, Irrtum und Beweis, ZStW 69 (1957), 1; Schweikert, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957; Engisch, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 70 (1958), 566; Oehler, Das objektive Zweckmoment der rechtswidrigen Handlung, 1959; Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959 ([2]1970) [= Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, trad. Bacigalupo, 1979]; Engisch, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-FS, 1960, t. I, 401; Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; Schaffstein, Soziale

Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW 72 (1960), 369; Spriesterbach, Neue Kritik der Lehre vom Tatbestand, tes. doct. no impresa, Bonn, 1960; Jescheck, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffes in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW 73 (1961), 179; Naka, Die Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes, JZ 1961, 210; Roxin, Die Irrtumsregelung des Entwurfs 1960 und die strenge Schuldtheorie, MSchrKrim 1961, 211; Schaffstein, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, OLG Celle-FS, 1961, 175; Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74 (1962), 515 (= Grundlagenprobleme, 72) [= Problemas básicos, 1976, 84]; Arth. Kauffmann, Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962, ZStW 76 (1964), 543; Kraushaar, Die Rechtswidrigkeit in teleologischer Sicht, Ga 1965, 1; Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit, ZStW 77 (1965), 1; Plate, Ernst Beling als Strafrechtsdogmatiker, 1966; Brauneck, Unrecht als die Betätigung antisozialer Gesinnung, H. Mayer-FS, 1966, 235; W. Hassemer, Tatbestand und Typus, 1968; Schmidhäuser, Der Unrechtstatbestand, Engisch-FS, 1969, 433; Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; Burian, Der Einfluß der deutschen Naturrechtslehre auf die Entwicklung der Tatbestandsdefinition im Strafgesetz, 1970; Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970 (²1973) [= Política criminal y sistema del DP, trad. e introd. de F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1972]; Dreher, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Heinitz-FS, 1972, 207; Minas/v. Savigny, Negative Tatbestandsmerkmale, 1972; Sax, Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung, JZ 1975, 137; Rödig, Zur Problematik des Verbrechensaufbaus, Lange-FS, 1976, 39; Sax, "Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung, JZ 1976, 9, 80, 429; Sax, Der verbrechenssystematische Standort der Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch nach § 218 a StGB, JZ 1977, 326; Günther, Die Genese eines Straftatbestandes, JuS 1978, 8; Otto, Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?, Schröder-GS, 1978, 53; Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Bockelmann-FS, 1979, 155; Schild, Die "Merkmale" der Straftat und ihres Begriffs, 1979; Hruschka, Der Gegenstand des Rechstwidrigkeitsurteils nach heutigem Strafrecht, GA 1980, 1; Ebert/Kühl, Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat, Jura 1981, 226; Hünerfeld, Zum Stand der deutschen Verbrechenslehre aus der Sicht unserer gemeinrechtlichen Tradition in Europa, ZStW 93 (1981), 979; Schick, Kritische Überlegungen zur Genese des Straftatbestandes, en: Winkler/Antoniolli (eds.), Forschungen aus Staat und Recht 50 (1981), 84; Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung, 1981; Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre insbesonders im Spiegel der ZStW (Parte II), ZStW 94 (1982), 239; Paeffgen, Einmal mehr - Habgier und niedrige Beweggründe, GA 1982, 255; Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; Schlüchter, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, 1983; Timpe, Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983; Dölling, Die Behandlung der Körperverletzung im Sport im System der strafrechtlichen Sozialkontrolle, ZStW 96 (1984), 55; Kindhäuser, Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale, Jura 1984, 465; Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, en: Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 1 [= El sistema moderno de Derecho penal: cuestiones fundamentales, trad. e intr. de J. M. Silva Sánchez, Madrid, Tecnos, 1991, 31]; Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 1.ª Parte: Tatbestands- und Unrechtslehre, GA 1985, 341; Andrejew, Die integrierende Lehre vom Tatbestand, H. Kaufmann-GS, 1986, 639; Jescheck, Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, ZStW 98 (1986), 1; Arth. Kaufmann, Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, Lackner-FS, 1987, 185; Schmidhäuser, Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht, Lackner-FS, 1987, 77; Schmidhäuser, Form und Gehalt der Strafgesetze, 1988; Herzberg, Erlaubnistatbestandsirrtum und Deliktsaufbau, JA 1989, 243, 294; Röttger, Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß, 1993; Schroth, Die Annahme und das "Fur-Möglich-Halten" von Umständen, die einen anerkannten Rechtfertigungsgrund begründen, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 595.

I. Tipo sistemático, tipo de garantía y tipo para el error

Como todos los conceptos básicos del Derecho penal, el concepto de tipo introducido por Beling [1] también tornasola en diversos significados [2]. Sin embargo, las distinciones esenciales para el Derecho penal se pueden reducir a los tres cometidos que debe cumplir el tipo: el mismo tiene una función sistemática, una función dogmática y una función políticocriminal. En sentido sistemático el tipo abarca "el compendio o conjunto de los elementos que dan como resultado saber de qué delito típicamente se trata; o sea, para el § 303 StGB el 'daño de un cosa ajena', para el § 211 StGB la 'acción de matar a una persona', etc." [3]. Beling, al denominar "tipo" *(Tatbestand,* literalmente "supuesto de hecho") al conjunto de esos elementos, obtuvo para la teoría del delito una nueva categoría, que podía ser introducida entre los conceptos de la "acción" y la "antijuridicidad". Antes la mayoría de los autores habían definido el delito como "acción antijurídica, culpable y amenazada con pena". La tipicidad se escondía entonces en la expresión "amenazada con pena"; Beling caracterizó con razón esa formulación como "difusa" [4], porque no permite reconocer qué cualidades ha de tener una acción para estar amenazada con pena. Frente a esto, la nueva categoría del tipo ofrecía la posibilidad de asignar una firme posición sistemática a numerosos "elementos errantes de aquí para allá" anteriormente sin un lugar fijo en la teoría general del delito, como las "teorías del resultado de la acción, de la causalidad, del objeto del hecho, del contenido de los delitos de omisión, etc." [5]. 1

Junto a su significado sistemático está el significado políticocriminal del tipo, que radica en su "función de garantía" requerida por el art. 103 II GG. Sólo un Derecho penal en el que la conducta prohibida sea descrita exactamente mediante tipos se adecua por completo al principio *"nullum crimen sine lege"* (al respecto § 5). Cuando se dice que nuestro Derecho penal es un Derecho penal del tipo y no de la actitud interna, o que predominantemente es Derecho penal del hecho y no de autor (al respecto con más detalles y diferenciando § 6), tras tales expresiones emblemáticas se encuentra siempre la apelación al significado políticocriminal del tipo. 2

Por último, una función dogmática autónoma del tipo, y desvinculada de su función sistemática general consiste en describir los elementos cuyo desconocimiento excluye el dolo. Esa misión le es encomendada por la propia ley, al decir en el § 16 II: "Quien en la comisión del hecho no conoce una 3

---

[1] Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906.
[2] Cfr. para más detalles Engisch, Mezger-FS, 1954, 129-133, aceptando y continuando las distinciones desarrolladas por Mezger, NJW 1953, 2 ss., y Lang-Hinrichsen, JR 1952, 302 ss.
[3] Beling, 1906, 3.
[4] Beling, 1906, 21.
[5] Beling, 1906, 28.

circunstancia perteneciente al tipo legal, no actúa dolosamente". La distinción entre el error de tipo, que excluye el dolo (§ 16), y el error de prohibición, que sólo excluye con carácter facultativo la culpabilidad (§ 17), pertenece conforme al Derecho vigente a los fundamentos básicos de la dogmática jurídicopenal.

4 Beling no sólo asignó al tipo su cometido sistemático, sino que también reconoció ya con toda claridad su función de garantía y su significado para la regulación del error [6], pero supuso, como también lo hizo la posterior doctrina dominante, que los mismos elementos de contenido podían cumplir simultáneamente los tres cometidos, de tal modo que sólo habría un concepto unitario de tipo. Sin embargo, un examen más detenido de la cuestión nos enseña que hay que distinguir el tipo sistemático, el tipo de garantía [7], y el tipo a efectos de error [8]. En efecto, aunque el principio *nullum crimen* sugiere la formación de una categoría sistemática del tipo, su significado va más allá, en cuanto que somete al régimen del art. 103 II no sólo los elementos del tipo, sino p.ej. también las causas de exclusión de la culpabilidad y de la punibilidad y eventualmente incluso ciertos presupuestos procesales (para más detalles § 5, nm. 40 ss.). Por tanto, el tipo de garantía como compendio de todas las circunstancias a las que se refiere el principio *nullum crimen* abarca más elementos que el tipo sistemático.

5 Del mismo modo, el tipo a efectos de error no es necesariamente idéntico al tipo sistemático. Si, como corresponde a la doc. dom. hoy, se inordina sistemáticamente el dolo típico, es decir el conocimiento y voluntad de todos los elementos del tipo objetivo, dentro del propio tipo como parte subjetiva del mismo (nm. 61), difícilmente podrá el propio dolo ser objeto de un error de tipo. El mismo pertenece ciertamente al tipo sistemático, pero no al tipo a efectos de error. Por otra parte, la jurispr. y la doctrina mayoritaria consideran a los presupuestos materiales de las causas de justificación como objetos del dolo, en cuanto que su suposición errónea se califica como excluyente del dolo (para más detalles § 14, nm. 53 ss.); pero mayoritariamente no se incluyen esos elementos de justificación en el tipo sistemático, por lo que entonces resulta que el tipo a efectos de error abarca más elementos objetivos que el tipo en sentido sistemático.

---

[6] Beling, 1906, 21-23 (sobre la función de garantía), 4 (sobre la función reguladora del error).

[7] Este término fue introducido por Lang-Hinrichsen (JR 1952, 307; JZ 1953, 363) y Engisch (Mezger-FS, 1954, 129, 131, 132).

[8] La distinción fue efectuada de esa forma (apoyándome parcialmente en Lang-Hinrichsen y Engisch) por primera vez en mi escrito "Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale", 1959, [2]1973 [= Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, trad. Bacigalupo, Buenos Aires, Depalma, 1979; N. del T.]. Respecto del Derecho penal accesorio cfr. Tiedemann, 1969.

6 Según esto es claro que la mezcla del tipo sistemático, de garantía y a efectos de error puede provocar malentendidos. Dado que en un sistema teleológico las categorías sólo pueden ser interpretadas a partir de sus fines, distintos fines tienen que conducir también a diferenciaciones conceptuales. La siguiente exposición se refiere directa y solamente al tipo sistemático; pues el tipo de garantía ya ha sido objeto de tratamiento detallado (*supra* § 5), y el tipo a efectos de error se discutirá al hilo de las causas de justificación (§ 14, nm. 51 ss.), pero, debido a su frecuente entremezcla con el tipo sistemático y a la influencia que por ello tiene sobre el mismo, habrá que tenerlo también presente al describir el tipo sistemático [9].

II. Sobre la evolución del tipo como categoría sistemática [10]

1. El tipo objetivo y no valorativo de Beling

7 El tipo de Beling se caracteriza preferentemente por dos notas: es "objetivo" y "libre de valor (no valorativo)". La objetividad significa la exclusión del tipo de todos los procesos subjetivos, intraanímicos, que son asignados en su totalidad a la culpabilidad. Ya se ha aludido a ello como una de las características principales del sistema "clásico" cofundado por Beling (§ 7, nm. 12, 17). Y por "carácter no valorativo" debe entenderse que el tipo no contiene ninguna valoración legal que aluda a la antijuridicidad de la actuación típica. Para Beling el tipo está "limpio de todos los momentos de antijuridicidad" [11], en el mismo "no es reconocible un significado jurídico" [12]. "La sola comprobación de que se ha cumplido un tipo por sí misma no es gravosa para nadie. Las investigaciones sobre la tipicidad se mantienen en un terreno estrictamente neutral" [13]. El tipo es un puro objeto de la valoración, mientras que la valoración de ese objeto sólo se produce en el marco de la categoría de la antijuridicidad [14].

---

[9] Junto a esto también se habla de tipo (= supuesto de hecho) en el sentido de la teoría del Derecho como el compendio de todos los presupuestos materiales de la punibilidad (para ello se distingue entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica). Otros conceptos de tipo, que se presentan como configuraciones del tipo sistemático, serán tratados a continuación en el texto. Lo mismo sucede con el tipo de culpabilidad, que contiene los presupuestos reales de la "responsabilidad" y se discutirá en el contexto de esa categoría.

[10] Para exposición de la historia dogmática reciente vid. Schweikert, 1957.

[11] Beling, 1906, 145, 112, 147.

[12] Beling, 1906, 112.

[13] Beling, 1906, 147.

[14] Beling modificó posteriormente de modo considerable su teoría del tipo; la última ocasión en: Die Lehre vom Tatbestand, 1930. Sin embargo, esos cambios ya no influyeron esencialmente en la evolución. Resumiendo: Plate, 1966.

2. El descubrimiento del tipo subjetivo

8 La teoría de la objetividad del tipo se vio pronto conmovida. H. A. Fischer [15], Hegler [16], Max Ernst Mayer [17] y Mezger [18] descubrieron que en muchos casos, no ya la culpabilidad, sino ya el injusto del hecho depende de la dirección de la voluntad del autor —o sea, de momentos subjetivos, intraanímicos—. Ciertamente, la cuestión se discutió primero predominantemente en conexión con las causas de justificación, para las que se exigieron determinados elementos subjetivos de justificación (como la voluntad defensiva en la legítima defensa). Pero en seguida quedó claro (por primera vez en Hegler) que para el tipo, si debe abarcar en el sentido de Beling los elementos de los que se desprende "de qué delito se trata típicamente", tampoco se puede renunciar siempre a criterios subjetivos. Así, el cazador furtivo tampoco acecha la pieza objetivamente (§ 292) si no tiene la voluntad de matarla. Acciones sexuales (según la legislación anterior: deshonestas) (§§ 174 ss.) no son tales si no son llevadas por una tendencia subjetivo-lúbrica. E igualmente sucede que la sustracción de cosas ajenas y la producción de un perjuicio patrimonial provocando un error, pero sin ánimo de apropiación antijurídica o de lucro, precisamente **no** concuerdan con el tipo delictivo en el que se basan los §§ 242 y 263. De este modo, la teoría de los elementos subjetivos del tipo ya se había impuesto hacia 1930 (pese a múltiples discusiones sobre puntos concretos) [19]: hoy es absolutamente indiscutida en Derecho alemán (para más detalles nm. 70 ss.).

9 Sólo supuso un paso más en esa dirección el hecho de que poco después la teoría final de la acción incluyera en la parte subjetiva del tipo el dolo dirigido a la realización de las circunstancias objetivas del hecho (sobre ello § 7, nm. 15). Es cierto que tal teoría se vio obligada a ello en primera línea por su concepción de la acción (§ 7, nm. 15, 19), pero la proximidad de los elementos subjetivos del tipo al dolo típico en su conjunto le dio un considerable impulso a esa teoría. Por eso se explica también que la misma se haya impuesto con carácter dominante en los sistemas modernos (para más detalles § 7, nm. 20 ss.) y que en cambio hoy se deba considerar superada la teoría final de la acción como tal (para más detalles § 8, nm. 18 ss.): La clase de tipo delictivo (p.ej. de homicidio, § 212, en relación con el homicidio imprudente, § 222) se ve sustancialmente co-determinada por el dolo; y ya ese solo argumento sustenta la hipótesis de que el dolo típico pertenece al propio tipo como parte subjetiva del mismo. Por tanto, la tesis de Beling de la objetividad del tipo ha sido abandonada en toda línea por la doctrina moderna.

---

[15] H. A. Fischer, 1911.
[16] Hegler, ZStW 36 (1915), 19 ss.
[17] M. E. Mayer, AT [1]1915 ([2]1923), 185-188.
[18] Mezger, GerS 89 (1924), 109 ss.; idem, 1926, 13 ss.
[19] El libro de Sieverts, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, 1934, significa ya una cierta conclusión de esa evolución.

3. El reconocimiento del tipo sistemático como tipo de injusto

Similar suerte ha corrido igualmente la concepción del carácter no valorativo del tipo. El motivo para revisar la teoría de Beling en este punto lo dio el descubrimiento de los elementos normativos del tipo por Max Ernst Mayer [20]. En efecto, el propio Mayer seguía partiendo en principio del carácter no valorativo del tipo, pues según él, la realización del tipo ciertamente es un indicio de la antijuridicidad [21], pero la una guarda una relación con la otra como la existente entre el humo y el fuego; el humo no es el fuego ni contiene fuego, pero permite extraer la conclusión de que hay fuego salvo prueba en contrario. Según Mayer, el tipo es sólo *ratio cognoscendi* [22], o sea un indicio denotador, de la antijuridicidad, pero no es componente de la misma. Para él, el carácter no valorativo del tipo está asegurado por el hecho de que los elementos del tipo son "descriptivos", es decir que contienen descripciones asequibles a la "percepción sensorial" [23] (como p.ej. "hombre", "cosa", "edificio"), pero no contienen ya su valoración, que sólo se produce mediante la categoría de la antijuridicidad. Ahora bien, la situación es distinta en los elementos "normativos" (= valorativos) del tipo, como p.ej. la "ajenidad" de la cosa en el § 242 [hurto], los cuales no describen objetos y por tanto tampoco están en relación causal con la acción del autor, sino que contienen una valoración que en parte prejuzga la antijuridicidad. El que sustrae una cosa "ajena" se ingiere con ello en la propiedad de otro y en esa vulneración de la propiedad radica un elemento esencial del injusto del hurto. De ese modo los elementos normativos del tipo son —segun él— "auténticos elementos de la antijuridicidad; pues una circunstancia que no denota, sino que fundamenta la antijuridicidad, es decir, que no es *ratio cognoscendi*, sino *ratio essendi*, pertenece a la antijuridicidad, es componente o integrante de la misma" [24]. Pero por otra parte, para Mayer esos elementos también son simultáneamente elementos del tipo (impropios), porque la ley los convierte en objeto del dolo (§ 16): "Su peculiaridad sólo puede ser valorada dentro del concepto de tipo" [25]. Así pues, los elementos normativos del tipo tienen una doble posición: son "comparables a una grapa con una de las puntas clavada en el tipo legal, y con la otra en la antijuridicidad" [26]. De este modo se había abandonado el carácter no valorativo del tipo en un ámbito importante. 10

---

[20] M. E. Mayer, AT, ^{1}1915 (^{2}1923), 182-185.
[21] M. E. Mayer, AT, ^{1}1915 (^{2}1923), 10, 52.
[22] M. E. Mayer, AT, ^{1}1915 (^{2}1923), 185.
[23] M. E. Mayer, AT, ^{1}1915 (^{2}1923), 7, 183.
[24] M. E. Mayer, AT, ^{1}1915 (^{2}1923), 184, 185.
[25] M. E. Mayer, AT, ^{1}1915 (^{2}1923), 184.
[26] M. E. Mayer, AT, ^{1}1915 (^{2}1923), 182.

11 El descubrimiento de los elementos normativos del tipo se impuso rápidamente [27], poniéndose de manifiesto que el número de los elementos normativos era mucho mayor de lo que inicialmente se había supuesto. La evolución llegó a su punto culminante al probar Erik Wolf que incluso elementos presuntamente descriptivos puros, como "hombre (ser humano)" o "cosa" son normativos en sus ámbitos fronterizos, o sea que requieren una valoración judicial orientada a la antijuridicidad [28]. Y en efecto, ello es correcto (más detalladamente nm. 59 s.). Así p.ej. la perspectiva desde la cual existe un "ser humano en formación" no es una cuestión de descripción no valorativa, sino que a través de la definición legal del § 218 I 2 está vinculada al momento "de la anidación del óvulo fecundado en el útero", dado que el legislador sólo quiere valorar como antijurídica una intervención y conceder protección a partir de ese momento. E incluso el juicio sobre si se considera (ya o aún) como "ser humano" a alguien es en sus límites (esto es, tanto en el nacimiento como en la muerte) el resultado de una valoración legal. Así p.ej. el Derecho civil sólo acepta la existencia de un ser humano "con la consumación del nacimiento" (§ 1 BGB); en cambio, para el Derecho penal, como se desprende del § 217, ya hay un "ser humano" con el comienzo del nacimiento o parto, porque el Derecho penal también quiere poder valorar lesiones o causaciones de muerte durante el proceso del parto como delitos de lesiones u homicidios (dolosos o imprudentes).

12 El tipo es por tanto una figura totalmente normativa, un "inseparable entramado estructural donde se entrelazan elementos de valor y elementos del ser" [29]. Pero de ello se derivaba que de modo general ya no era posible seguir aferrándose al carácter no valorativo del tipo. Así declaraba Mezger ya en 1926 [30]: "el acto de creación legislativa del tipo... contiene directamente la declaración de antijuridicidad, la fundamentación del injusto como injusto especialmente tipificado. El legislador crea al formar el tipo la antijuridicidad específica: la tipicidad de la acción no es en manera alguna mera *ratio cognoscendi,* sino auténtica *ratio essendi* de la (especial) antijuridicidad; convierte a la acción en acción antijurídica, aunque es cierto que no por sí sola, sino sólo en unión con la falta de causas concretas de exclusión del injusto...". Esta teoría del tipo como un juicio provisional de injusto, que experimentó un impulso decisivo por parte del "pensamiento referido al valor" del neokantismo (cfr. § 7, nm. 18), sigue siendo aún dominante en la ciencia actual. Sin embargo, el reconocimiento de la normatividad del tipo ha dado lugar a que se

---

[27] Cfr. Mezger, 1926, 41-46. Resumiendo y concluyendo sobre la evolución Engisch, Mezger-FS, 1954, 127 ss. En cuanto a la discusión actual sobre elementos descriptivos y normativos del tipo, nm. 57-60.

[28] E. Wolf, 1931, 56-61; idem, Reichsgerichts-FS, t. V, 1929, 44-71 (espec. 54 s.).

[29] E. Wolf, 1931, 11.

[30] Mezger, 1926, 11.

plantee la cuestión de si realmente puede mantenerse la concepción del tipo como una categoría sistemática autónoma frente a la antijuridicidad, cuestión que precisa un tratamiento aparte, que vamos a ver a continuación.

III. La relación entre tipo y antijuridicidad

1. La teoría de los elementos negativos del tipo

Si se reconoce que ya el tipo supone una valoración desde puntos de vista 13
del injusto, entonces surge la pregunta de por qué el mismo sólo contiene una parte de las circunstancias determinantes para el injusto y en cambio otra parte queda reservada para la categoría de la antijuridicidad. Dado que los elementos del tipo fundamentadores del injusto y los elementos de las causas de justificación, excluyentes del injusto, tienen la misma función en cuanto que sólo la conjunción complementadora de unos a continuación de otros permite un juicio definitivo sobre el injusto del hecho, parece lógico reunirlos en una categoría del delito incluyendo en el tipo los presupuestos de las causas de justificación.

Una posibilidad de efectuar esa construcción la proporcionó ya en una 14
temprana etapa la teoría, formulada por Merkel [31], de los elementos negativos del tipo [32]. Según esta concepción, que fue muy discutida, pero posteriormente también fue acogida por un amplio sector [33], las causas de justificación se han sacado de los tipos de la Parte especial y se les han antepuesto (en la Parte general) * sólo por razones de técnica legislativa —para no tener que repetirlas en cada precepto penal—; pero materialmente ello no cambia el hecho de que hay que incluirlas en los tipos concretos según su sentido, de tal manera que p.ej. habría que leer así el § 223: "El que maltrate físicamente a otro o le cause daño en su salud, será castigado..., a no ser que la acción sea necesaria para repeler una agresión actual y antijurídica, o un peligro de menoscabo de in-

---

[31] Merkel (1836-1896), importante dogmático y teórico del Derecho penal (obras principales: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889; Vergeltung und Zweckgedanke im Strafrecht, 1892), también realizó en otros puntos importantes aportaciones a la evolución de la dogmática del Derecho penal, a la teoría de los fines de la pena y a la política criminal: Sintetizando y valorándolo bajo el prisma de los aspectos modernos, Dornseifer, 1979.

[32] Merkel, StrafR, 1889, 82.

[33] Sobre todo por Frank, StGB, [18]1932, 139, 187; idem, 1907, 15 ss.; Baumgarten, 1913, 211 ss.; Radbruch, Frank-FS, 1930, t. I, 157 s. Una amplia exposición con una valoración crítica y de rechazo en Hirsch, 1960.

* Literalmente el texto dice que las causas de justificación se han puesto "antes del paréntesis" (*"vor die Klammer"*); esta expresión se utiliza en matemáticas para designar al signo o cifra que va antes de un paréntesis que contiene operaciones con otros signos o cifras, siendo un factor que afecta a todo el contenido del paréntesis, p.ej.: a(b-c). En este contexto, el pasaje significa que las causas de justificación se han llevado a la Parte general, o sea, antepuestas al respectivo tipo de la Parte especial, y que en el mismo va sobreeentendida la ausencia de aquéllas [N. del T.].

tereses sustancialmente preponderantes que afecte a la vida, integridad, libertad, honor, propiedad u otro bien jurídico, o sea necesaria por razones educativas frente al propio hijo", etc. Tal formulación, que en el ejemplo propuesto incluye en su seno las causas de justificación de la legítima defensa (§ 32), el estado de necesidad justificante (§ 34) y del derecho de corrección de los padres (§ 1626 BGB: cuidado de personas) y que habría que completar con todas las restantes situaciones justificantes imaginables, convierte a los elementos de justificación en elementos **negativos** del tipo en cuanto que su **no concurrencia** es presupuesto del cumplimiento del tipo. Mientras que los elementos contenidos en las descripciones de los delitos de la Parte especial por regla general (cfr. sin embargo nm. 30-32) han de comprobarse **positivamente** para que se cumpla el tipo, en el caso de las circunstancias justificantes sucede justamente al revés, de modo que su presencia excluye el tipo, mientras que su negación **(no** concurre legítima defensa, **ni** estado de necesidad justificante, etc.) conduce a afirmar la realización del tipo.

15 Esta teoría llega a la conclusión de que las causas de justificación excluyen no sólo la antijuridicidad, sino ya el propio tipo. Tipo y antijuridicidad se funden en un tipo global (o total) de injusto (Lang-Hinrichsen), que incluye dentro de sí la totalidad de los elementos sustanciales para el juicio de injusto (elementos positivos y negativos, escritos y no escritos, relevantes para la comisión y para la omisión). Y si con respecto a los tres atributos esenciales de la acción (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) se puede hablar de una estructura del delito **tripartita,** en cambio, la teoría de los elementos negativos del tipo conduce a un sistema bipartito del delito, que en caso de concurrencia de una acción, sólo distingue además entre el injusto típico y la culpabilidad, y a lo sumo se diferencia, dentro de la amplia categoría delictiva del injusto, entre tipos positivos, fundamentadores del injusto, y "contratipos" negativos, excluyentes del injusto.

2. ¿Estructura del delito bipartita o tripartita?

16 La estructura bipartita del delito también ha encontrado numerosos partidarios en la postguerra y época posterior [34]. Y es que efectivamente, tal

[34] Engisch, ZStW 70 (1958), 578 ss. (583 ss.); idem, DJT-FS, t. I, 1960, 401 ss. (406 ss.); Arth. Kaufmann, 1949, 66 s., 170 s., 178 ss.; idem, JZ 1954, 653 ss.; idem, JZ 1956, 353 ss., 393 ss.; idem, ZStW 76 (1964), 564 ss.; Lange, JZ 1953, 9 ss.; Lang-Hinrichsen, JR 1952, 302 ss., 356 ss.; idem, JZ 1953, 362 ss.; Otto, AT[4], § 5 III; Roxin, 1959 ([2]1970), 121 ss., 173 ss. [= Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, 1979, 189 ss., 273 ss.; N. del T.]; idem, ZStW 74 (1962), 536 [= Problemas básicos, 1976, 114 s.; N. del T.]; SK[5]-Samson, antes del § 32, nm. 6 ss.; Schaffstein, MDR 1951, 196; idem, ZStW 72 (1960), 386 ss.; idem, OLG Celle-FS, 1961, 185; Schröder, MDR 1953, 79; Sch/Schröder[17], 1974, antes del § 1, nm. 3 ss.; v. Weber, JZ 1951, 260; idem, Mezger-FS, 1954, 183 ss.; Schünemann, 1984, 56 ss. [= El sistema moderno del DP: cuestiones fundamentales, trad. de Silva Sánchez, Madrid, Tecnos, 1991, 71 ss.; N. del T.]; en el fondo tb. Herzberg, JA 1989, 243 ss., 294 ss., y —con alguna modificación— Schroth, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 595.

estructura no sólo es lógicamente practicable [35], sino que también tiene en el aspecto teleológico muchas ventajas a su favor [36]: pues desde la perspectiva del tipo como la *ratio essendi* del injusto no hay ninguna razón para sustraerle una parte de los elementos esenciales para el injusto [37]; y además, frecuentemente sólo es una cuestión de redacción estilística casual de la ley el que una circunstancia sea ubicada ya en el tipo como fundamentadora del injusto o sólo en la antijuridicidad como excluyente del injusto (cfr. tb. nm. 24 s., 43 ss.).

Así p.ej. las circunstancias de las que se deduce la "reprobabilidad" de una coacción (§ 240 II) mayoritariamente se atribuyen al tipo como fundamentadoras del injusto; y con razón, porque el hecho de influir en la voluntad amenazando con un mal del todo regular o normal socialmente (p.ej. con presentar una demanda) no encarna un injusto típicamente merecedor de pena. Pero entonces, en el caso frecuente de que se produzca una coacción en legítima defensa, ya no se cumple el tipo por falta de reprobabilidad, con lo que, por consiguiente, las circunstancias que en otros supuestos sólo resultan relevantes en la antijuridicidad, aquí tienen que ser examinadas ya en el tipo [38]. Correlativamente, si alguien se apodera de una cosa ajena dándose los presupuestos del estado de necesidad justificante, habrá que negar ya el elemento, perteneciente al tipo subjetivo del hurto, del "ánimo de apropiación ilícita", de modo que también aquí una situación de justificación vuelve a excluir ya el tipo. Además, cuando el § 145 castiga el abuso en la utilización de llamadas (telefónicas) de emergencia, parece claro que un caso de estado de necesidad justificante tendrá que excluir el "abuso" y con ello el tipo [39]. Y por otra parte, hay tipos como la violación (§ 177), en los que apenas es imaginable una justificación, de tal modo que por esa razón coinciden prácticamente tipo e injusto. **17**

Dicha intercambiabilidad de los elementos está señalando que la fundamentación del injusto y la exclusión del injusto sólo son fragmentos parciales de una unidad superior. Si eso también se expresara sistemáticamente mediante **18**

---

[35] Stratenwerth, AT[3], nm. 178. Cfr. tb. Minas/v. Savigny, 1972, sustentando una construcción de las causas de justificación como complemento del tipo.

[36] Cfr. en detalles mi libro "Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale", 1959 ([2]1970), 173-187 [= Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, 1979, 273-294; N. del T.]. Esas ventajas son destacadas últimamente de modo impresionante por Schünemann, GA 1985, 347 ss.

[37] Schünemann, 1984, 57 [= El sistema moderno del DP, 1991, 72; N. del T.], considera efectivamente que "en un sistema teleológico-racional del Derecho penal" esto está "evidentemente fuera de lugar".

[38] A no ser que se quiera adjudicar las circunstancias fundamentadoras de la legítima defensa, dado que se trata de una causa de justificación, al injusto y con ello se divida la reprobabilidad en un elemento que en parte excluye el tipo, y en parte el injusto. Pero ello no haría sino subrayar la proximidad de ambas categorías.

[39] Este y el siguiente ejemplo los tomo del artículo de Herzberg, JA 1989, 245.

una reunión de ambas categorías, el tipo contendría una forma desligada de todas las casualidades de la versión legal en cuanto juicio de valor no sólo provisional, sino sin reservas, y sólo de ese modo se convertiría en *ratio essendi* de la antijuridicidad en el pleno sentido de la palabra. Además, un tipo así concebido se ajusta y le es útil a la doc. dom. en el muy discutido problema de la suposición errónea de circunstancias justificantes, en la medida que permite concebir ese caso como error directamente excluyente del dolo y fundamentar así sin la menor fuerza a efectos constructivos un resultado convincente para el sentimiento jurídico.

19 No obstante, hay razones de más peso a favor de mantener el tipo, en el sentido de *typus* delictivo (o sea, de los respectivos elementos del injusto específicos del delito), como una categoría autónoma frente a la antijuridicidad; pues el tipo y la antijuridicidad no se agotan en su significado para la averiguación y comprobación del injusto, sino que tienen especiales funciones políticocriminales, que corren el riesgo de echarse a perder si no se las tiene en cuenta también a efectos sistemáticos (cfr. ya § 7, nm. 54 ss.).

20 En primer lugar, a diferencia del juicio de injusto, los tipos reúnen las circunstancias que fundamentan el contenido de merecimiento de pena de la correspondiente clase de delito; es decir, que contienen todos los elementos que convierten el hurto en hurto, la estafa en estafa, etc. A modo de tablas prohibitivas abstractas y formuladas para general conocimiento, dibujan las figuras de conductas penadas de modo general y tienen una función preventivogeneral al influir en la conciencia jurídica general y actuar en su caso intimidando; por ello los elementos del tipo están sometidos al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* en su significado más estricto (cfr. para más detalles § 5, nm. 2). Frente a esto, las causas de justificación, que deben considerarse en el siguiente escalón valorativo, se distinguen de los tipos, aparte de en su significado "negativo" para el injusto, en dos aspectos. En primer lugar, operan más allá de la correspondiente clase *(typus)* de delito y son válidas para todos los tipos o al menos para un gran número de ellos y por eso adoptan sus regulaciones, no describiendo fragmentos de la vida típicamente delictivos, sino sentando principios de orden social (principio de ponderación de bienes, principio de autoprotección, etc.). A partir de esos principios rectores, para la aplicación del Derecho no se trata de subsumir como se hace en los elementos del tipo, sino que hay que desarrollar los principios concretándolos en la materia jurídica. Por eso en las causas de justificación la interpretación correspondiente al principio *nullum crimen* no está vinculada al límite del tenor literal, sino sólo a los principios ordenadores inmanentes a las respectivas causas de justificación, de tal manera que también se pueden incorporar al Derecho penal causas de justificación extrapenales con resultados interpretativos específicos de sus respectivos campos jurídicos

(cfr. § 5, nm. 42) y las evoluciones sociales pueden influir en el Derecho penal tipificado y comparativamente "rígido" [40].

En segundo lugar, el juicio de injusto —pese a la mayor abstracción de las causas de justificación frente a los tipos— contiene siempre una valoración negativa de la conducta del autor en el caso **individual,** y no se refiere a la clase de delito, sino a la **concreta dañosidad social del suceso único,** y es el resultado de una ponderación de enfrentados intereses jurídicamente protegidos. Esa ponderación se efectúa siguiendo el criterio de que el interés más valorado en la situación de la respectiva causa de justificación se prefiere al interés menos valorado si era **"necesario"** *in concreto* menoscabar el "inferior" para salvaguardar el "superior". La peculiaridad estructural resultante para las causas de justificación carece de paralelo en el tipo y tiene también repercusiones prácticas en el terreno de las consecuencias jurídicas [41]. En efecto, una conducta justificada está autorizada por el ordenamiento jurídico y en principio ha de ser soportada por el afectado, mientras que una actuación atípica no está necesariamente permitida, sino que está situada en el "ámbito fuera del Derecho" (sobre ello ver § 14, nm. 25 ss.) o incluso puede ser antijurídica. Así p.ej. la sustracción de cosas ajenas para su mero uso por regla general es atípica y por tanto impune; pero simultáneamente, en cuanto realización prohibida de la propia fuerza (§ 858 BGB), es antijurídica y da lugar al derecho de legítima defensa para el afectado, mientras que una sustracción del uso excepcionalmente típica (como puede ser la utilización de un vehículo de motor ajeno, del § 248 b), si está cubierta por una causa de justificación (p.ej. por el estado de necesidad del § 904 BGB, en cuanto que se necesite el automóvil para salvar una vida humana), fundamenta un deber general de tolerancia. 21

Así pues, entre la negación de la realización del tipo y la negación de la antijuridicidad existen diferencias, tanto de contenido, como desde el punto de vista del principio de legalidad, en el aspecto estructural y en atención a las consecuencias jurídicas, diferencias que quedan niveladas si desde la perspectiva de un sistema del delito bipartito se considera como atípica toda conducta justificada. 22

Este diagnóstico conduce a la conclusión de que es cierto que tipo y antijuridicidad han de quedar separados sistemáticamente, pero que, no obstante, 23

---

[40] Cfr. al respecto fundamentalmente Roxin, 1970 (²1973), 24 ss. [= Política criminal y sistema del DP, 1972, 55 ss.; N. del T.].

[41] Es cierto que también en la creación e interpretación de los tipos tienen lugar ya ponderaciones de intereses, p.ej. cuando no se castiga la sustracción sin ánimo de apropiación ni el daño patrimonial producido mediante engaño pero sin ánimo de lucro, o cuando se interpreta que las obras de arte de contenido sexual no son escritos pornográficos en el sentido del § 184. Pero esas ponderaciones, si repercuten en contra de la tipicidad, conducen a un resultado de impunidad general, y no al de permisión en el caso concreto con un correlativo deber de tolerancia.

ambos se pueden reunir componiendo un "tipo global" en el aspecto del injusto. Por tanto, es absolutamente legítimo contraponer a la responsabilidad el "injusto", como unidad superior de tipo y antijuridicidad, separándolo, en cuanto compendio de las circunstancias decisivas para la prohibición penal, de la responsabilidad como suma de los elementos relevantes para la responsabilización del autor. El que con independencia de ello haya autonomía del tipo y de la antijuridicidad, cada uno de ellos como una categoría propia del delito, no se deriva de su cualidad de partes (en tanto en cuanto no independientes) del injusto, sino del hecho de que son divergentes desde otros puntos de vista valorativos: como tipo (clase) delictivo cerrado y jurídicopenalmente específico y como causa de justificación general, cuyo alcance se extiende más allá del Derecho penal y estructurada conforme a principios de orden social, el uno como objeto de estricta aplicación del principio de legalidad y la otra como lugar de desarrollo y concreción de criterios de superior rango, como juicio provisional de desvalor y como valoración del injusto en el caso concreto, o finalmente para la exclusión de la punibilidad, bien como atipicidad jurídicamente indiferente o bien como justificación jurídicamente permitida y que debe ser tolerada por el afectado. Por tanto el concepto de tipo, que debe separarse sistemáticamente de la antijuridicidad, es un tipo de injusto pero no es idéntico al injusto; es, en la precisa formulación de Gallas [42], "*ratio essendi* de la pertenencia del hecho al typus de injusto, pero en cambio sólo *ratio cognoscendi* de su antijuridicidad en el caso concreto" [43]. Esta concepción coincide con la opinión actualmente —aun con algunas matizaciones de detalle— dominante [44].

24 Esta opinión se ve ciertamente relativizada, pero no contradicha, si se tiene en cuenta que en algunos preceptos penales casi no se pueden separar tipo e injusto (cfr. nm. 17). Las razones pueden ser diversas y siguen necesitando una elaboración monográfica. A veces el tipo delictivo está configurado de tal manera que no es asequible a intereses contrapuestos relevantes (p.ej. la vio-

---

[42] Gallas, ZStW 67 (1955), 23, n. 53 a.

[43] Schmidhäuser (Engisch-FS, 1969, 433 ss., 454; Lackner-FS, 1987, 77 ss.) y Jakobs (AT[2], 6/59) señalan que en caso de ausencia de causas de justificación el tipo realizado es el propio injusto. Eso no se puede discutir y habla a favor de la superior unidad del tipo total de injusto, también defendida aquí; pero ello no cambia en nada el hecho de que la comprobación abstracta del tipo ha de ser completada con la concreta inclusión de intereses contrapuestos situacionales y por tanto con un ulterior proceso de valoración antes de llegar a la conclusión de que la realización del tipo es un injusto.

[44] Entre la bibliografía de manuales y comentarios: Baumann/Weber, AT[9], § 19 I; Blei, AT[18], § 35; Bockelmann/Volk, AT[4], § 10; Dreher/Tröndle[46], antes del § 13, nm. 8; LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 5 ss.; Jakobs, AT[2], 6/51 ss.; Jescheck, AT[4], § 25 I, III; LK[10]-Jescheck, antes del § 13, nm. 46, 48; Lackner[20], antes del § 13, nm. 17; Maurach/Zipf, AT/1[8], 24/1 ss.; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 13, nm. 12-18; SK[5]-Rudolphi, antes del § 1, nm. 34, 37; Stratenwerth, AT[3], nm. 166 ss.; Wessels, AT[23], § 5 II. De la bibliografía de artículos, especialmente importante: Gallas, ZStW 67 (1955), 16-31.

lación). A veces sólo se puede formar un tipo delictivo incluyendo el injusto, ya sea porque lo exijan razones lingüísticas (p.ej. el abuso de llamadas de emergencia, ya que su uso ordenado no da lugar a ningún tipo delictivo), ya sea porque se protege derechos cuya lesión no es posible sin afirmar que hay injusto [45]. Y otras veces también sucede que el legislador, por falta de habilidad, no ha sido capaz de describir un tipo o clase de delito y, sin dar el "rodeo" del tipo, ha destacado directamente el injusto, como sucede en las coacciones (ver al respecto con más detalles nm. 43 ss.). Pero de todo ello sólo hay que sacar la conclusión de que, cuando no pueden entrar en juego derechos de intromisión, carece de importancia el elemento valorativo destinado a ello. Y en los casos más frecuentes en que un tipo delictivo sólo se crea incluyendo las causas de justificación, hay que considerar ya en el tipo las peculiaridades sistemáticas de las mismas. En tales casos la unidad del tipo total de injusto cubre las diferencias sistemáticas, pero no las suprime. 25

Sólo se podrá ver una discordancia perturbadora en tales peculiaridades si se materializan las categorías del delito según el "modelo de los cajones" (cfr. § 7, nm. 76), de tal modo que un elemento no pueda pertenecer simultáneamente a un sitio y a otro y por ello se considere que tipo e injusto forman dos rúbricas totalmente cerradas y separadas entre sí como los pisos de una casa. En cambio, los aspectos valorativos, de los que aquí partimos, en el caso concreto también pueden entrecruzarse y coincidir, sin que por ello se ponga en cuestión su peculiaridad como tal; al contrario, precisamente así quedan claras las diversas estructuras de las distintas disposiciones penales. Por lo demás, a veces sucede incluso que el tipo no se constituye sin elementos de la culpabilidad o que determinadas circunstancias resultan en parte relevantes desde el punto de vista del injusto, y en parte desde el de la culpabilidad (para más detalles nm. 78-82), sin que por eso se vaya a discutir la autonomía sistemática de injusto y responsabilidad. 26

Para la teoría del error no se deriva ninguna consecuencia de esta concepción del tipo, sino que el tipo a efectos de error debe precisarse en sus elementos independientemente del tipo sistemático (cfr. nm. 5). Dado que para valorar los errores es decisivo el significado de un elemento para el injusto, ya veremos después (§ 14, nm. 51 ss.) que de ello se deriva que en tanto en cuanto debe tratarse igual el desconocimiento de elementos del tipo que la suposición errónea de los presupuestos de la justificación, de modo que, por ello y en tanto en cuanto, la "superior unidad" de tipo y antijuridicidad se convierte en determinante para la consecuencia jurídica.

3. Concepciones especiales

27

También ha habido algunas posiciones especiales en la teoría reciente del tipo que no se han podido imponer frente a la concepción del tipo como tipo de injusto.

a) Welzel se volvió a aproximar en su período intermedio [46] al carácter no valorativo del tipo de Beling al considerar como típicas y sólo justificadas por "adecuación social" incluso acciones que se mueven totalmente dentro de lo socialmente usual (como la participación en el tráfico viario o aéreo), si de ellas surge un daño pese a que la conducta sea intachable. Por lo demás, también reconoció la existencia de otros tipos denominados abiertos, no indiciarios del injusto; así p.ej. cualquier amenaza con un mal sensible —v.gr. una amenaza

[45] Sobre ello Herzberg, JA 1989, 245.
[46] Welzel, StrafR, [4]1954 hasta [8]1963.

legítima de presentar una demanda— realizaría el tipo de las coacciones (§ 240), mientras que la "reprobabilidad" de la coacción requerida en el § 240 II sólo se debería examinar en la antijuridicidad. Esa tendencia a la neutralidad valorativa del tipo estaba guiada por el deseo de asegurarle al dolo de la teoría final de la acción, fundamentado ontológicamente y derivado de la propia teoría de la acción (cfr. § 7, nm. 15; § 8, nm. 6 ss.), un objeto de referencia lo más depurado posible de elementos de la antijuridicidad [47]. Pero de ese modo se desconoce que la distinción entre tipo y justificación como prohibición general y permisión excepcional, que sobre todo también había defendido Welzel, hace necesario enjuiciar ya como no típica una conducta de antemano adecuada y no prohibida. Y efectivamente Welzel también regresó en su etapa posterior a la opinión dominante [48]. Sobre la adecuación social y sobre los tipos abiertos ver para más detalles nm. 33 ss., 43 s.

28 b) Schmidhäuser [49] parte ciertamente de un "tipo de injusto", pero lo considera realizado ya con cualquier causación de una lesión de un bien jurídico, incluso aunque la conducta del autor concuerde totalmente con las normas sociales, o sea, aunque con carácter abstracto y general no esté prohibida. Así p.ej., en caso de accidente automovilístico mortal también realizará el tipo de un delito de homicidio el fabricante del (absolutamente impecable) automóvil, o la presentación de una demanda, por muy justificada que esté, realizará siempre el tipo de las coacciones (§ 240) [50], y únicamente se producirá una justificación por riesgo permitido o, respectivamente, por salvaguarda de intereses legítimos. De ese modo se renuncia al tipo como tipo de injusto [51]; y ello no se puede aceptar porque de antemano sucede que los bienes jurídicos no se protegen penalmente de modo absoluto, sino dentro de una vinculación social referida a las necesidades de la convivencia social. La producción o fabricación de vehículos, edificios, aparatos, etc., no defectuosos, dado que con ella no se crea ningún riesgo jurídicamente relevante, aunque posteriormente esté causalmente unida a un daño, no es una acción de homicidio, lesiones o daños y por tanto no puede ser típica (para más detalles § 11, nm. 43 ss.). Y la libertad de decisión y actuación de la voluntad al ilimitado arbitrio del sujeto no puede ser un bien jurídicamente protegido por la sencilla razón de que no podría coexistir con la libertad de las demás personas, que ha de ser igualmente protegida.

29 c) Finalmente, Sax [52] considera el "tipo legal" como una "figura valorativamente neutra" [53] y opina que podrían cumplirse todos los elementos del tipo sin que concurra "un typus de lesión de un bien jurídico merecedor de pena" [54], que sin embargo considera (¡con razón!) necesario por razones constitucionales para legitimar las conminaciones penales del Estado. Por eso quiere introducir la posibilidad de "atipicidad (exclusión del tipo) por limitación de la responsabilidad mediante los fines de protección de la norma" y subordinar conceptualmente ese caso junto con el de "atipicidad (exclusión del tipo) por falta de un elemento típico" dentro una categoría, de nueva formación, de la "atipicidad (exclusión del tipo) por falta de lesión del bien jurídico" [55]. Esta postura es loable en cuanto a su intención, pero interpreta de un modo demasiado estrecho el concepto de tipo de la doc. dom., que ya tiene en cuenta ese propósito y que de entrada no es valorativamente neutro, sino que interpreta el tipo siempre como tipo de injusto, de modo que por regla general no precisa una limitación adicional de la responsabilidad [56]. Lo que es cierto es que en toda interpre-

---

[47] Sobre ello detalladamente Roxin, ZStW 74 (1962), 515 ss. (= Grundlagenprobleme, 89 ss.) [= Problemas básicos, 1976, 99 ss.; N. del T.].

[48] Cfr. sobre su última posición, Welzel, StrafR[11], 55 ss., 82 s. [= PG, 1987, 83 ss., 119 s.; N. del T.].

[49] Schmidhäuser, Engisch-FS, 1969, 433 ss.; idem, LB AT[2], 9/3-12; siguiéndole, Röttger, 1993.

[50] Schmidhäuser, LB AT[2], 9/11, 26, 32, 56.

[51] Para una crítica de esta posición cf. tb. mi polémica con Schmidhäuser en ZStW 83 (1971), 383-386; y su réplica en LB AT[2], 9/11, 32; idem en StuB AT[2], 6/13.

[52] Sax, JZ 1976, 9, 80 ss.; tb. ya en JZ 1975, 137 ss., y otra vez en JZ 1977, 326 ss.

[53] Sax, JZ 1976, 10.

[54] Sax, JZ 1976, 11.

[55] Sax, JZ 1976, 9.

[56] Cfr. críticamente Otto, Schröder-GS, 1978, 61 ss.; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 13, nm. 44.

tación del tenor legal hay que preocuparse de que concurra el "typus de una lesión de un bien jurídico merecedora de pena", como desde hace ya mucho tiempo lo intenta la doc. dom. sirviéndose del criterio excluyente del tipo de la "adecuación social" (cfr. para más detalles nm. 33 ss.); y también en la imputación al tipo objetivo el fin de protección de la norma puede operar restringiendo el tipo (para más detalles § 11, nm. 85 ss.).

4. Alusiones a la antijuridicidad en los preceptos penales; elementos del tipo formulados negativamente

De la comprensión del tipo como tipo (clase) de delito, como compendio 30
de todos los presupuestos de la prohibición abstracta, se deriva que un elemento aún no pertenece al tipo por el hecho de estar contenido en el tenor de una disposición penal. Así p.ej. las expresiones "antijurídica(mente)" o "ilícita(mente)", que todavía se encuentran en versiones antiguas del articulado (§§ 303, 123 ó 239), no son elementos típicos, sino sólo una alusión (superflua) a la antijuridicidad como elemento general del delito o a lo sumo a la posibilidad de consentimiento del titular del bien jurídico, que ciertamente excluye ya la realización del tipo según la opinión aquí sustentada (para más detalles § 13, nm. 12 ss.). En cambio, allí donde la palabra "antijurídica(mente)" caracterice de modo más preciso un elemento concreto del tipo (p.ej. la antijuridicidad de la apropiación en el § 242 o del enriquecimiento en el § 263), los presupuestos del juicio de antijuridicidad son componentes de la clase de injusto y pertenecen al tipo (más ampliamente nm. 70 ss.). Igualmente, la palabra "ilegítima(mente)" debe entenderse por regla general como "antijurídica(mente)", o sea que no tiene el significado de un elemento del tipo (cfr. los §§ 123, 168, 201 ss., 290, 296 a, 353 b). Pero en cambio, "ilegítimamente" significa en el § 107 a "sin tener el derecho de sufragio", y en el § 132 "sin estar legitimado para desempeñar el cargo público". En estos casos se trata de elementos negativos del autor, y pertenecen al tipo, pues un tipo de injusto no se realiza ya por el hecho en sí mismo de votar o de ejercer un cargo, sino sólo si alguien lo hace sin la correspondiente cualificación [57].

De los dos últimos ejemplos ya se deduce que los elementos negativos cuya 31
no concurrencia debe constatarse no pertenecen necesariamente a la antijuridicidad. Es cierto que por regla general sucede que el tipo contiene los elementos positivos fundamentadores del injusto, mientras que la no concurrencia de determinadas situaciones permisivas sólo afecta a la antijuridicidad (cfr. nm. 14), pero también hay "elementos del tipo formulados negativamente" [58], cuya comprobación pertenece ya al tipo de injusto. Así, según el § 17, n.° 1 TierSchG se castiga a quien mate a un animal vertebrado "sin causa razonable"; en este caso la "causa razonable" no se limita a justificar, de tal manera que la profesión de carnicero consistiría en una constante serie de realizacio-

---

[57] Igual Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 13, nm. 65; Welzel, StrafR[11], 83 [= PG, 1987, 120 s.; N. del T.].

[58] La primera investigación en von Weber, Mezger-FS, 1954, 183 ss.

nes del tipo, sino que su no concurrencia es ya un presupuesto de la realización del tipo.

32 Cuando se castiga una actuación sin autorización oficial, hay que distinguir. La conducción automovilística no es que esté sólo justificada por el permiso de conducir, sino que sólo es típica en el sentido del § 21 StVG la conducción sin ese permiso, de tal modo que la falta del permiso de conducir y con ello de la autorización oficial es un elemento típico formulado negativamente. Igualmente es un elemento del tipo formulado negativamente la autorización para el ejercicio de la profesión médico-sanitaria, porque naturalmente que el ejercicio autorizado de la profesión médica no da lugar a tipo delictivo alguno. En cambio, p.ej. la organización pública del juego de azar es ya típica, si se considera —acertadamente— que la razón de la pena consiste en que se debe proteger a la población de su explotación aprovechando la pasión por el juego; en este caso la autorización administrativa sólo anula la prohibición en casos excepcionales por razones preponderantes de tipo fiscal, es decir que no opera excluyendo el tipo, sino justificando. Así pues, la cuestión de si la falta de autorización administrativa es un elemento del tipo o de la antijuridicidad depende de si la reserva de autorización sirve sólo para controlar una conducta generalmente adecuada o si permite excepcionalmente una conducta típicamente delictiva [59]. Sobre la autorización oficial como causa de justificación cfr. para más detalles § 17, nm. 42 ss.

IV. Adecuación social y exclusión del tipo

Bibliografía: Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), 491; Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959 (²1970); Engisch, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-FS, 1960, t. I, 401; Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; Schaffstein, Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW 72 (1960), 369; Kienapfel Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht, 1961; Klug, Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem, Eb. Schmidt-FS, 1961, 249 (tb. en: Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrech, 1981, t. 2, 194); Hirsch, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962), 78; Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74 (1962), 515 (= Grundlagenprobleme, 72) [= Problemas básicos, 1976, 84]; Krauß, Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht, ZStW 76 (1964), 19; Roxin, Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964, 371 (= Grundlagenprobleme, 184); Welzel, Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, 1964 (tb. en: Grünhut-Erinnerungsgabe, 1965, 173); Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, 1965; Kienapfel, Das erlaubte Risiko im Strafrecht, 1966; Greiser, Die soziale Adäquanz der Verwendung von NS-Kennzeichen, NJW 1969, 1155; Roeder, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, 1969; Zipf, Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht, ZStW 82 (1970), 633; Zipf, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970; Deutsch, Finalität, Sozialadäquanz und Schuldtheorie als zivilrechtliche Strukturbegriffe, Welzel-FS, 1974, 227; Peters, Socialadäquanz und Legalitätsprinzip, Welzel-FS, 1974, 415; Ebert/Kühl, Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat, Jura 1981, 225; Hillenkamp, Risikogeschäft und Untreue, NStZ 1981, 161; Wolter, Objektive und personale

[59] Cfr. Jescheck, AT⁴, § 33 VI.

Zurechnung, 1981; Ostendorf, Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel, GA 1982, 333; Arm. Kaufman, Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, Klug-FS, 1983, 277; Roxin, Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, Klug-FS, 1983, t. 2, 303; Dölling, Die Behandlung der Körperverletzung im Sport im System der strafrechtlichen Sozialkontrolle, ZStW 96 (1984), 55; Küpper, Strafvereitelung und "sozialadäquate" Handlungen, GA 1987, 385; Wolski, Soziale Adäquanz, 1990.

La teoría de la adecuación social fue originariamente desarrollada por Welzel [60]. Su idea básica es que aquellas acciones que se "mueven dentro de lo que históricamente ha llegado a ser el orden ético-social de la vida en comunidad" [61], y que por tanto son "socialmente adecuadas", no pueden encajar nunca en un tipo, aunque según su tenor literal se las pudiera subsumir en el mismo. Así p.ej. las lesiones y las muertes producidas en el funcionamiento regular de ferrocarriles, minas, fábricas, etc., debido a su adecuación social no encajarán de antemano en el tipo de los §§ 212 y 223 ss.; la entrega al cartero del pequeño regalo usual en año nuevo, debido a su aprobación general, no se considerará cohecho conforme al § 331 [62], y así sucesivamente. Inicialmente esta posición se fundamentó con el (certero) razonamiento de que "el tipo es la tipificación del injusto penal" [63] y que por ello nunca puede describir acciones socialmente adecuadas. 33

Esta teoría ha suscitado mucho interés hasta hoy, pero su historia ha sido cambiante. El propio Welzel, debido a una modificación parcial de su concepción del tipo, consideró durante un tiempo la adecuación social como causa de justificación de Derecho consuetudinario (cfr. nm. 27) y posteriormente volvió a su interpretación como restricción del tipo, pero modificando a lo largo de los años en varias ocasiones los ejemplos manejados para esta figura jurídica. Actualmente la doctrina delimita de modo muy diverso el campo de aplicación de la adecuación social, y un sector la considera un caso de exclusión del tipo [64], otro la trata como causa de justificación [65], y otro incluso como causa de exculpación [66]; muchos autores la rechazan, por la imprecisión de sus criterios, como peligrosa para la seguridad jurídica y superflua en relación con los métodos reconocidos de interpretación [67], o sólo la admiten a lo sumo 34

---

[60] Welzel, ZStW 58 (1939), 514 ss.

[61] Así la formulación de Welzel, StrafR[1], 1947, 35; similar todavía en idem, StrafR[11], 55 s. [= PG, 1987, 83 s.; N. del T.].

[62] Welzel, StrafR[11], 56 [= PG, 1987, 84; N. del T.].

[63] Welzel, StrafR[1], 1947, 37.

[64] Destacadamente, Jescheck, AT[4], § 25 IV; Maurach/Zipf, AT/1[8], 17/14 ss.; Stratenwerth, AT[3], nm. 337 ss.; Dreher/Tröndle[46], antes del § 32, nm. 12; Haft, AT[5], 53. De la bibl. de artículos: Klug, Eb. Schmidt-FS, 1961, 255 ss. (como "congruencia social"); Krauß, ZStW 76 (1964), 48; Peters, Welzel-FS, 1974, 425 ss., restringiéndola a las acciones éticamente valiosas; Schaffstein, ZStW 72 (1960), 369 ss.; Zipf, ZStW 82 (1970), 633 ss.

[65] Schmidhäuser, LB AT[2], 9/26 ss.; idem, StuB AT[2], 6/102; Klug, Eb. Schmidt-FS, 1961, 255 ss.

[66] Roeder, 1969.

[67] Baumann/Weber, AT[9], § 15 III 1 b; Gallas, ZStW 67 (1955), 22; H. Mayer, LB AT, 1953, 108. Wolski, 1990, pretende resolver los problemas de la adecuación social mediante "soluciones alternativas procesales" (p. 201), p.ej. los §§ 153 y 153 a StPO.

como principio interpretativo general[68]. Junto a éstas existen concepciones diferentes, como la del tipo normativo de autor de Dahm (cfr. § 6, nm. 11), o la teoría desarrollada por Sax, según la cual en el tipo hay una "limitación de la responsabilidad mediante el fin de protección de la norma" (cfr. nm. 29), que por caminos similares persiguen objetivos similares a los de la teoría de la adecuación social.

35 En la jurispr. también ha tenido influencia el principio de la adecuación social, pero sin aclarar su ubicación sistemática. Así, en BGHSt 23, 226 (228) se afirma: "Según la teoría de la 'adecuación social', las acciones usuales, aprobadas por la comunidad y por ello a efectos jurídicopenales totalmente no sospechosas en la vida social, no pueden ser típicas o al menos no pueden ser antijurídicas"[69]. La Gran Sala de lo Civil del BGH (BGHZ 24, 21, 26), reconociendo como causa de justificación la conducta correcta en el tráfico, señala: "Puede quedar solamente planteada la cuestión de si aquí se trata de un caso particular de aplicación del pensamiento jurídico de la llamada adecuación social"[70]. El Tribunal Federal del Trabajo (BAGE 1, 291, 300) ha reconocido expresamente la huelga y el cierre patronal como medios socialmente adecuados de lucha laboral. Y también la sent. OLG München NStZ 1985, 549, se pronuncia a favor de la teoría de la adecuación social, que tiene un "efecto restrictivo en el tipo".

36 El punto de partida de un juicio crítico[71] ha de ser que el principio de la adecuación social supone una importante perspectiva para la teoría del tipo: la idea de que una conducta aprobada, no ya excepcionalmente en el caso concreto, sino de antemano y de modo general no puede encarnar ninguna clase de delito y de injusto y por tanto tampoco puede ser nunca típica. Así pues, la atipicidad de la conducta socialmente adecuada es una consecuencia necesaria de la teoría del tipo aquí mantenida; y sería desconocer esa perspectiva central ubicar la adecuación social como causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad. Su adscripción a la antijuridicidad sólo es posible desde el punto de vista de un tipo "no valorativo", que destruye su función

---

[68] Hirsch, ZStW 74 (1962), 78 ss.; Kienapfel, 1961, 87 ss. (98); Dölling, ZStW 96 (1984), 55 ss.; Wolter, 1981, 57 ss.; Ebert/Kühl, Jura 1981, 226; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 13, nm. 69 s. También se aproximan en parte a esta concepción algunos defensores de la opinión citada en la n. 64, p.ej. LK[11]-Jescheck, antes del § 13, nm. 49, mientras que por otra parte Hirsch, en el trabajo antes citado y en LK[10], antes del § 32, nm. 26 ss., tiende más bien a un total abandono del concepto de adecuación social. En su etapa final Welzel (StrafR[11], 58) [= PG, 1987, 86; N. del T.] caracterizó también a la adecuación social como "principio interpretativo general".

[69] Resonancias de la teoría de la adecución social sin mencionar expresamente ese término tb. se encuentran en BGHSt 7, 268 (causación del suicidio de la mujer por acabar la convivencia en la misma casa) y en BGHSt 19, 152 (servir alcohol en un bar a clientes que luego causan un accidente de tráfico por conducir en estado de embriaguez).

[70] Sobre la recepción de la teoría de la adecuación social en Derecho civil, Deutsch, Welzel-FS, 1974, 237-246.

[71] Para más detalles Roxin, Klug-FS, 1983, 303.

peculiar. Y su entendimiento como causa de exclusión de la culpabilidad presupone que se considere antijurídica la conducta socialmente adecuada y se admita legítima defensa contra ella [72], lo que es incompatible con el carácter del injusto como conducta desaprobada y prohibida; y si bien es cierto que no necesariamente hay que soportar los daños que amenacen producirse como consecuencia de un riesgo socialmente adecuado, sin embargo su evitación no es un problema de legítima defensa, sino de estado de necesidad justificante.

Ahora bien, el hecho de reconocer que la conducta socialmente adecuada **37**
es atípica no tiene sustancialmente más alcance que la perspectiva de que el tipo debe ser entendido como tipo de injusto; únicamente supone una remisión al desvalor social que es inmanente al injusto y constituye su fundamento material (cfr. para más detalles § 2). Por tanto, la inadecuación social caracteriza al tipo en su totalidad (como tipo delictivo) y no es un elemento concreto del tipo; en consecuencia, tampoco hay un error de tipo excluyente del dolo (§ 16), sino sólo un error de prohibición (§ 17) si alguien valora erróneamente su conducta típica como socialmente adecuada. Por eso la inadecución social sólo podrá emplearse a lo sumo como principio de interpretación del tipo: los tipos deben interpretarse de tal modo que sólo encaje en ellos la conducta socialmente inadecuada. Pero incluso el valor del juicio de (in-)adecuación social como pauta hermenéutica se ve relativizado por el hecho de que para los casos tratados desde este punto de vista tenemos a nuestra disposición medios interpretativos auxiliares más precisos. En efecto, si se pasa revista a los numerosos (y cambiantes en concreto) ejemplos que se aducen como conductas socialmente adecuadas, se podrá comprobar que cabe dividirlos en dos grandes grupos:

El primer grupo es el del riesgo jurídicamente irrelevante o permitido [73]: **38**
Así, la participación en el tráfico ferroviario, viario o aéreo, el funcionamiento de plantas industriales, la intervención en competiciones deportivas, etc., si se observan las reglas correspondientes, se mantienen dentro del riesgo usual en el tráfico y autorizado con carácter general y por ello no realizan el tipo de un delito de lesión aunque en algún caso se produzca un resultado así. La razón radica en que por principio la imputación de un resultado al tipo objetivo presupone que el resultado se presente como la realización de un riesgo creado por el autor y no permitido de modo general (para más detalles al respecto § 11, nm. 41, 43 ss.). Por tanto, no es preciso acudir a la adecuación social para excluir una tipicidad que no procede ya con los criterios generales. En el siempre discutido caso de laboratorio en el que el sobrino persuade a su

---

[72] Así en efecto Roeder, 1969, 77 ss.; en contra acertadamente Zipf, ZStW 82 (1970), 639-644.

[73] Jakobs, AT², 7/4 b, menciona "riesgo permitido, principio de confianza, comisión referida al garante y prohibición de regreso" como "explicaciones de la adecuación social", introduciendo por tanto la adecuación social en la teoría de la imputación.

tío, al que va a heredar, a que dé un paseo con lluvia, esperando que al hacerlo sea alcanzado por un rayo —¡lo que a continuación sucede efectivamente!—, falta ya un delito de homicidio porque el sobrino no ha creado un riesgo jurídicamente relevante para la vida del tío [74]; es decir, que en estos casos la teoría general de la imputación permite obtener reglas para la limitación de la responsabilidad mucho más exactas que si se planteara la cuestión de si la conducta del sobrino es "socialmente adecuada".

39 Lo mismo vale para numerosos ejemplos de la jurispr. (en detalles § 11, nm. 55 ss.): Así p.ej. el hecho de servir alcohol dentro de los límites de la legislación de hostelería (BGHSt 19, 152) se mantiene en el marco del riesgo permitido, de tal modo que ya por esa razón no son imputables los resultados que de ahí se pudieran seguir. Es cierto que para determinar el riesgo permitido son precisas cuidadosas ponderaciones sobre la soportabilidad social de una conducta, que a menudo se plasman en detalladas normas de seguridad; pero esas valoraciones sociales penetran de antemano en la imputación del resultado y no necesitan esperar a volver a ser excluidas mediante el posterior correctivo de un juicio de adecuación social casi siempre impreciso y discutible.

40 El segundo grupo es el relativo a la exclusión del tipo de las acciones insignificantes y socialmente toleradas de modo general [75]. A este grupo pertenece el ejemplo antes mencionado del pequeño regalo de año nuevo al cartero, que por su adecuación social no debe subsumirse en el tipo del § 331 pese al estricto tenor literal de la ley; como tampoco deben considerarse punibles conforme al § 284 los juegos de azar con apuestas muy pequeñas; igualmente se excluyen de los tipos de injurias (§§ 185 ss.) las expresiones denigrantes pronunciadas confidencialmente en el círculo familiar más íntimo; las transacciones arriesgadas, pero que se mantienen en el marco de una ordenada gestión de negocios, no se subsumen en la gestión desleal del § 266, etc. La conclusión de que en esos y otros muchos casos similares no se realiza el tipo respectivo es digna de aprobación, pero la fundamentación de que ello se basa en la adecuación social de las conductas descritas es demasiado inespecífica. Más bien ocurre que en nuestros ejemplos no es lesionado el bien jurídico protegido por los diversos preceptos y **por eso** no se considera el hecho como infractor de la prohibición [76]. El pequeño regalo al cartero no pone en peligro la confianza pública en la integridad de los funcionarios que quiere proteger el § 331; las apuestas mínimas en el juego no dan lugar a la explotación de

---

[74] Por lo demás, incluso en el caso de un riesgo jurídicamente relevante, si el tío fuera consciente del mismo, sólo habría una incitación impune a una autopuesta en peligro.

[75] Se habla aquí del "principio de insignificancia" como una máxima de interpretación típica. Así ya Roxin, JuS 1964, 376 (= Grundlagenprobleme, 193). El mismo es reconocido por OLG Hamm NJW 1980, 2537, que deja planteada la posibilidad de reconducirlo a la adecuación social. Ampliamente sobre el principio de insignificancia Ostendorf, GA 1982, 333.

[76] Así tb. Jescheck, AT[4], § 25 IV 2.

la población despertando la ludopatía que quiere prevenir el § 284; las expresiones confidenciales en círculos familiares no causan un menoscabo de la pretensión de consideración social del afectado, que es lo que está en juego en el § 185 ss.; y los negocios arriesgados pero ordenados no son expresión de la corrupción que pretende evitar el § 266.

Por consiguiente, la solución correcta se produce en cada caso mediante una interpretación restrictiva orientada hacia el bien jurídico protegido [77]. Dicho procedimiento es preferible a la invocación indiferenciada a la adecuación social de esas acciones, pues evita el peligro de tomar decisiones siguiendo el mero sentimiento jurídico o incluso de declarar atípicos abusos generalmente extendidos. Además, sólo una interpretación estrictamente referida al bien jurídico y que atienda al respectivo tipo (clase) de injusto deja claro por qué una parte de las acciones insignificantes son atípicas y a menudo están ya excluidas por el propio tenor legal [78], pero en cambio otra parte, como v.gr. los hurtos bagatela, encajan indudablemente en el tipo: la propiedad y la posesión también se ven ya vulneradas por el hurto de objetos insignificantes; mientras que en otros casos el bien jurídico sólo es menoscabado si se da una cierta intensidad de la afectación. 41

En resumen se puede decir, por tanto, que la teoría de la adecuación social ciertamente persigue el objetivo, en sí mismo correcto, de eliminar del tipo conductas no correspondientes al específico tipo (clase) de injusto, pero que la misma no constituye un "elemento" especial de exclusión del tipo e incluso como principio interpretativo se puede sustituir por criterios más precisos. Por eso, esta teoría, tendencialmente correcta, hoy ya no puede reclamar una especial importancia dogmática [79]. 42

V. Tipos abiertos y elementos de valoración global del hecho

Bibliografía: Welzel, Der Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung, JZ 1952, 19; Welzel, Der Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde, JZ 1952, 133; Welzel, Der Irrtum über die Amtspflicht, JZ 1952, 208; Engisch, Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, Mezger-FS, 1954, 127; Arm. Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; Vianden-Grüter, Der Irrtum über Voraussetzungen, die für § 240 II StGB beachtlich sind, GA 1954, 359; Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 1 (tb. como separata en: Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 19); Kunert,

[77] La cuestión de si estamos ante una interpretación compatible con el tenor literal de la ley o más bien, en caso de "quedar por debajo" del sentido literal posible, ante una "reducción teleológica" que excede de la mera interpretación, puede ser distinta de tipo a tipo, pero no es importante, dado que el art. 103 II GG [consagración constitucional del principio de legalidad penal: N. del T.] no se opone a una reducción teleológica de efecto eximente.

[78] Según el § 184 c, n.° 1, sólo son acciones sexuales aquellas "que tienen alguna relevancia en relación con el correspondiente bien jurídico protegido"; y sólo se realiza el tipo de las coacciones del § 240 si se amenaza con un mal "sensible".

[79] Así tb., sobre todo, Hirsch, ZStW 74 (1962), 133 ss.

Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, 1958; Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959 (²1970); Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; Spriesterbach, Neue Kritik der Lehre vom Tatbestand, tes. doct. no impresa, Bonn, 1960; Hirsch, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962), 78; Roxin, Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964, 371 (= Grundlagenprobleme, 184); Noll, Strafrecht im Übergang, GA 1970, 176; Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970 (²1973); Baumann, Grenzfälle im Bereich des Verbotsirrtums, Welzel-FS, 1974, 533; Arm. Kaufmann, Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, Klug-FS, 1983, 277; Herzberg, Tatbestands- oder Verbotsirrtum, GA 1993, 439; Schlüchter, Zur Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, JuS 1993, 14.

1. Tipos abiertos

43 Según una teoría fundada por Welzel [80], el tipo describe por regla general todos los elementos fundamentadores del injusto, de tal modo que en el marco de la antijuridicidad sólo resta por examinar la ausencia de causas de exclusión del injusto; pero según Welzel, como figuras contrapuestas a estos tipos "cerrados" que constituyen completamente el tipo (clase) de injusto, existen también tipos "abiertos", en los que no se describe exhaustivamente y en todos sus aspectos el objeto de la prohibición. En ellos ocurre, según esto, que el tipo aún no es un indicio del injusto; por el contrario, el injusto sólo puede comprobarse desde la perspectiva de la antijuridicidad mediante la verificación positiva de "elementos especiales de la antijuridicidad" (antes "elementos del deber jurídico"). El principal ejemplo es el tipo de las coacciones, que según Welzel [81] se realiza ya con los requisitos del § 240 I: según esto, quien mueve a otro a realizar una acción amenazándole con un mal sensible ha realizado siempre el tipo de las coacciones, incluso aunque p.ej. un acreedor motive al deudor a cumplir la prestación con la advertencia sumamente pertinente de que de lo contrario no le hará nuevos pedidos; y la "reprobabilidad" de la coacción conforme al § 240 II sólo debe considerarse como una cuestión de antijuridicidad, de modo, pues, que el tipo no describe de modo completo los elementos fundamentadores del injusto. Sólo la verificación positiva de la reprobabilidad fundamentará entonces el injusto.

44 Sin embargo, es tan imposible que existan tales tipos abiertos como que haya realizaciones socialmente adecuadas del tipo; pues si se considera el tipo como tipo (clase) de delito, como juicio provisional de desvalor, no puede ser valorativamente neutral respecto del injusto. Es cierto que en el § 240 el legislador no ha logrado describir suficientemente el delito mediante elementos

---

[80] Desde el año 1952; sobre la evolución de esta teoría y polemizando con ella, detalladamente Roxin, 1959 (²1970) [= Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, trad. Bacigalupo, 1979; N. del T.]. A Welzel le han seguido ampliamente Arm. Kaufmann, 1954 (cfr. al respecto Roxin, loc. cit., 12 s. [= Teoría del tipo penal. Tipos abiertos, etc., 1979, 19 ss.; N. del T.]; en Klug-FS, 1983, 277, Kaufmann modificó considerablemente su concepción originaria); Kunert, 1958, 93, n. 1; Spriesterbach, 1960, 117 ss. Sin embargo la doc. totalmente dom. rechaza los tipos abiertos; para una síntesis cfr. Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 13, nm. 66; Jakobs, AT², 6/61-63.

[81] Así todavía en: StrafR¹¹, 82 [= PG, 1987, 119 s.; N. del T.].

descriptivos relativos al objeto material: la amenaza de un mal sensible aún no supone un tipo delictivo suficientemente perfilado, dado que el funcionamiento de los procesos sociales depende, dentro de ciertos límites, de la presión y la contrapresión [82]. En estos casos el injusto sólo se fundamenta positivamente cuando "deba considerarse reprobable la amenaza del mal para el fin perseguido" (§ 240 II); pero entonces todas las circunstancias que fundamentan el juicio de reprobabilidad deben enjuiciarse como circunstancias del hecho que complementan el fragmento del tipo del § 240 I. El hecho de que esas circunstancias tengan que ser elaboradas por la jurispr. y la doctrina científica de la mano del criterio normativo de la "reprobabilidad" no las convierte en elementos de la antijuridicidad [83]; ya desde M. E. Mayer (nm. 10) está claro que las circunstancias normativas, pese a su referencia al juicio de desvalor jurídico, son elementos del tipo.

2. Elementos de valoración global del hecho

No obstante, la adscripción al tipo de todas las circunstancias que fundamentan la reprobabilidad pone de relieve una peculiaridad que distingue el criterio de la reprobabilidad de otros elementos del tipo: se trata de un "elemento de valoración global del hecho", en cuanto que la reprobabilidad de la acción coactiva del autor no sólo designa el injusto típico, sino simultáneamente también el concreto injusto de las coacciones del caso particular. Así pues, el que coacciona a otro de modo reprobable no sólo actúa típicamente, sino *eo ipso* también antijurídicamente en el sentido del § 240; y ya no queda espacio para causas de justificación, pues si alguien coacciona a otro amparado por una autorización legal para la coacción, o por legítima defensa o por un estado de necesidad justificante, ya no obra de modo reprobable y por ello tampoco típicamente [84]. Por tanto, allí donde el legislador utiliza circunstancias 45

---

[82] Cfr. al respecto Roxin, JuS 1964, 371.

[83] Y efectivamente, en su última fase Welzel, en los delitos imprudentes y omisivos, que considera igualmente tipos abiertos, volvió a considerar la infracción del cuidado debido en el tráfico y la posición de garante como complementos del tipo; cfr. Welzel, StrafR[11], 82 [= PG, 1987, 119; N. del T.]. Por ello no se entiende muy bien por qué no debe regir lo mismo en las coacciones y en algunos otros de los casos citados por él. Desde que volvió a reconocer la adecuación social como causa de exclusión del tipo (cfr. nm. 27, 34) tampoco queda sitio en el sistema de Welzel para los tipos abiertos.

[84] Esto lo discuten ciertamente Hirsch, 1960, 289 ss.; idem, ZStW 74 (1962), 118 ss., y, adhiriéndose a él, Jescheck, AT[4], § 25 II 2, Arm. Kaufmann, Klug-FS, 1983, 283, y Jakobs, AT[2], 6/62. Pero sin razón: si yo pongo en fuga a un atracador que me agrede amenazándole con una pistola, ello no es una coacción reprobable y por tanto típica, que tendría que ser justificada por legítima defensa, sino que de entrada ya no es una coacción reprobable. El intento de Hirsch de que se acepte aquí una "reprobabilidad" general (en contraposición a la reprobabilidad concreta, que habría que negar), y con ello la tipicidad, está condenado al fracaso, porque ese doble concepto de reprobabilidad es lingüísticamente imposible y no tiene ningún apoyo en la ley; cfr. tb. Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 13, nm. 66, afirmando que la solución de Hirsch no es "practicable ni en general ni en el caso concreto".

de valoración global del hecho son inseparables los elementos del tipo y otros elementos del injusto. Ello explica también que los defensores de una estructura bipartita del delito aduzcan precisamente estos casos como prueba de la imposibilidad de separación de tipo y antijuridicidad (cfr. nm. 16-18) [85].

46 Pero ello no convierte en superfluo el tipo como elemento autónomo del delito, sino que sólo prueba que en el caso concreto el legislador puede renunciar en buena medida a describir un tipo delictivo abstracto y hacer depender la punibilidad de la comprobación judicial de la antijuridicidad material, es decir, de la intolerable nocividad social. Teóricamente el legislador, en vez de describir con precisión los tipos delictivos del hurto o la estafa, también habría podido penar la sustracción o el perjuicio patrimonial "reprobable" y dejar a la jurisprudencia la elaboración de los requisitos materiales necesarios al respecto; y así ha procedido, no en esos casos, pero sí en las coacciones, pues el requisito del § 240 II de que deba "considerarse reprobable la amenaza del mal para el fin perseguido" no es más que una derivación de la "teoría del fin" elaborada en la teoría del injusto, según la cual el injusto o su negación se reconducen a la adecuación o inadecuación de la relación medio-fin perceptible en la actuación del autor (cfr. para más detalles § 14, nm. 38).

47 Así pues, el término "reprobable" no es una descripción típica, sino que significa tanto como "de modo socialmente nocivo en grado intolerable", o "materialmente antijurídico"; y contiene, igual que si únicamente se utilizara el requisito "antijurídicamente", una valoración definitiva del injusto relativa a la totalidad del hecho. Por eso, la "reprobabilidad" como tal, exactamente igual que la "antijuridicidad", no pertenece al tipo. Mientras que en otros delitos integran el tipo las circunstancias materiales fundamentadoras de la clase (tipo) de injusto y en cambio los elementos excluyentes del injusto y la comprobación del injusto concreto quedan reservados para la antijuridicidad, en los tipos con elementos de valoración global del hecho todas las circunstancias materiales relevantes para enjuiciar la antijuridicidad (incluyendo la falta de los requisitos de las causas de justificación) son elementos del "tipo global"; y sólo la valoración definitiva (en nuestro ejemplo mediante el término "reprobable") debe ubicarse en la antijuridicidad. Lo mismo rige en el "abuso en la utilización de llamadas de emergencia" (nm. 17): todas las circunstancias que excluyen el "abuso" impiden la realización del tipo, mientras que el juicio de abuso como tal es un elemento del injusto.

48 Por tanto hay que descomponer los elementos de valoración global del hecho [86]: todos los presupuestos de la valoración global del hecho (tanto po-

---

[85] Así yo mismo en "Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale", 1959 (^{2}1970) [= Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, 1979; N. del T.], y por última vez aún en ZStW 82 (1970), 683.

[86] Cfr. en detalles mi libro "Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale", 1959 (^{2}1970) [= Teo-

sitivos como negativos) pertenecen al tipo, mientras que la propia valoración de conjunto corresponde al elemento "antijurídicamente". Por eso los preceptos con elementos de valoración global del hecho no son tipos "abiertos", sino los tipos "más cerrados" que es posible concebir. Sin embargo, lo que es correcto en el originario descubrimiento de Welzel es que aquí falla la teoría del tipo como "tipo (clase) de injusto"; sólo que la solución debe buscarse, no retrocediendo al carácter no valorativo (carácter abierto) de tales tipos, sino anulando excepcionalmente la tripartición sistemática.

También se pueden encontrar múltiples delitos con elementos de valoración 49
global del hecho en el Derecho penal accesorio, menos perfilado desde el punto de vista del Estado de Derecho. Así p.ej., cuando en el § 17 n.º 1 TierSchG se castiga al que "mate a un animal vertebrado sin motivo razonable", la expresión "sin motivo razonable" es un elemento de valoración global del hecho. En efecto, todos los "motivos razonables" excluyen el tipo (cfr. nm. 31), y entre los mismos se incluyen las causas de justificación generales (sobre todo los §§ 228 BGB y 34 StGB); y en consecuencia, todas las circunstancias que fundamenten la "irrazonabilidad" del hecho de matar a un animal vertebrado son elementos del tipo. En cambio, el propio juicio de irrazonabilidad es idéntico a la valoración del injusto y por tanto una cuestión de antijuridicidad [86a].

Las circunstancias de valoración global del hecho tienen importancia práctica sobre todo 50
para la teoría del error. Dado que según el § 16 un error sobre los elementos objetivos del tipo sistemático excluye el dolo, la suposición errónea de circunstancias que p.ej. suprimirían la reprobabilidad de unas coacciones, el abuso en la utilización de llamadas de emergencia o la irrazonabilidad del hecho de matar a un animal, es un error de tipo que debe tratarse directamente conforme al § 16 aunque se refiera a los presupuestos de la justificación. En cambio, si el autor conoce todos los presupuestos materiales de su actuación y sólo sucede que a consecuencia de una valoración jurídica errónea considera no "reprobable" su amenaza, o no "abusiva" su utilización de una llamada de emergencia, o "razonable" su acción de matar a un animal, se encontrará en error de prohibición conforme al § 17, que si es evitable deja subsistente el castigo por hecho doloso (más detalles en § 12, nm. 89 ss.) [87].

Los tipos con elementos de valoración global del hecho son cuerpos extraños 51
en nuestro Derecho penal, en cuanto que renuncian a una clara elaboración del tipo delictivo en favor de una valoración global del injusto. Pero también es verdad que proporcionan un argumento, no en contra, sino a favor de la

---

ría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, 1979; N. del T.]. La concepción allí expuesta es seguida por la doc. dom., p.ej. Jescheck, AT[4], § 25 II 2; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 13, nm. 66; SK[5]-Samson, antes del § 32, nm. 36. En contra, desde la perspectiva de su concepción discrepante del tipo (al respecto nm. 28), Schmidhäuser, LB AT[2], 9/12 (cfr. tb. idem, StuB AT[2], 6/13, n. 2).

[86a] Un instructivo ejemplo lo proporciona la sent. BayObLG NJW 1992, 2306 (sobre ella Schlüchter, JuS 1993, 141; Herzberg, GA 1993, 439), en la que una persona había matado a dos perros en el ejercicio de un derecho de caza meramente putativo, y fue castigado por el § 17 n.º 1 TierSchG, y su suposición de que había un "motivo razonable" para matar fue calificada como error de prohibición.

[87] A las dificultades para la delimitación, que también se presentan en esta distinción, alude Baumann, Welzel-FS, 1974, 533.

necesidad del tipo como categoría autónoma frente al injusto, pues precisamente los dos ejemplos descritos de los §§ 240 StGB y 17 TierSchG (y de forma algo más débil tb. el § 145) ponen de manifiesto hasta qué punto sufren merma las exigencias del Estado de Derecho cuando el ámbito de la conducta punible no se describe claramente, sino que se caracteriza, nivelando ambas categorías, mediante una cláusula general que sólo supone una paráfrasis del concepto "de modo materialmente antijurídico". La constitucionalidad del tipo de las coacciones en su forma actual ha sido ya discutida desde siempre [88]; y en la TierSchG se creyó posible renunciar a establecer los criterios ajustados al Estado de Derecho habituales en los demás casos, pero sólo por lo inusual del bien jurídico protegido (vida y bienestar de los animales superiores).

52 Es cierto que los tipos de claros contornos no son una exigencia lógica, sino axiológica, que hay que deducir del art. 103 II GG, pero eso no disminuye la significación del tipo para un Derecho penal ajustado al Estado de Derecho. Por ello el legislador tendría que renunciar a emplear elementos de valoración global del hecho en forma de cláusulas generales, que constituyen la excepción sistemática a la tripartición. Los elementos de valoración global del hecho únicamente están exentos de reparos allí donde su contenido se pueda inferir indudablemente del contexto del ordenamiento jurídico. Así sucede p.ej. en el caso del "ánimo de apropiación antijurídica" (§ 242) y de elementos similares en el tipo subjetivo, que anticipan el juicio global de injusto; pues en todos esos casos está claro que la "antijuridicidad" sólo puede quedar excluida por pretensiones vencidas e irrecurribles o por causas generales de justificación, de tal forma que el entrelazamiento de tipo y antijuridicidad no pone en tela de juicio el tipo de injusto en su sustancia.

VI. Tipo objetivo y subjetivo

Bibliografía: Hegler, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW *36 (1915), 19, 184;* Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GerS 89 (1924), 207: Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, 1926 (= Traeger-FS, 1926 [reimpr. 1979], 187); Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, Str. Abh. 237, 1928; E. Wolf, Der Sachbegriff im Strafrecht, Reichsgerichts-FS, t. V, 1929, 44; Grünhut, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Frank-FS, 1930, t. I, 1; Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Frank-FS, 1930, t. I, 251; Sieverts, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, 1934; v. Weber, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935; Braun, Die Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente für das System eines Willensstrafrechts, 1936; Welzel, Um die finale Handlungslehre, 1949; Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 1950 (^{4}1961); Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, *1951;* Nowakowski, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW 63 (1951), 287; Engisch, Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, Mezger-FS, 1954, 127; Gallas, Zum gegenwärtigen Stand

[88] La forma en que se tendría que formular el tipo de las coacciones de modo impecable desde la perspectiva del Estado de Derecho, la muestran el § 116 del Proyecto Alternativo: AE, BT (Person I), 1970; y Schünemann, Die Freiheitsdelikte im künftigen Strafrecht, MSchrKrim 1970, 250.

der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 1 (tb. como separata en: Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 19); Engisch, Einführung in das juristische Denken, 1956 ([8]1983); Hardwig, Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, ZStW 68 (1956), 14; Engisch, Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, Rittler-FS, 1957, 165; Sauer, Tatbestand, Unrecht, Irrtum und Beweis, ZStW 69 (1957), 1; Kunert, Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, 1958; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958; Fukuda, Vorsatz und Fahrlässigkeit als Unrechtselemente, ZStW 71 (1959), 38; Oehler, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959; Engisch, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-FS, 1960, t. I, 401; Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74 (1962), 515 (= Grundlagenprobleme, 72) [= Problemas básicos, 1976, 84]; Stratenwerth, Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale, v. Weber-FS, 1963, 171; E. J. Lampe, Das personale Unrecht, 1967; Lenckner, Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz "nullum crimen sine lege", JuS 1968, 249; Schmidhäuser, Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht, 1968; Waider, Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen etc., 1970; Schüler-Springorum, Der natürliche Vorsatz, MSchrKrim 1973, 363; Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973; Herberger, Die deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, en: Koch (ed.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, 1976, 124; Schmidhäuser, "Objektiver" und "subjektiver" Tatbestand: eine verfehlte Unterscheidung, Schultz-FS, 1977, 61; Darnstädt, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, JuS 1978, 441; Krauß, Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht, Bruns-FS, 1978, 11 (tb. en: Jäger [ed.], Kriminologie im Strafprozeß, 1980, 110); Haffke, Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie, GA 1978, 33; Jäger, Subjektive Verbrechensmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung, MSchrKrim 1978, 297; Schild, "Objektiv" und "subjektiv" in der strafrechtswissenschaftlichen Terminologie, Verdroß-FS, 1980, 215; Cerezo Mir, Zur Doppelstellung der Vorsatzes aus der Sicht der spanischen Strafrechtswissenschaft, ZStW 93 (1981), 1017; Ecker, Die Verwendung und Feststellung subjektiver Verbrechensmerkmale, tes. doct. Göttingen, 1981; Haft, Grenzfälle des Irrtums über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, JA 1981, 281; R. Hassemer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981; Arth. Kaufmann, Die Parallelwertung in der Laiensphäre, 1982; Paeffgen, Einmal mehr - Habgier und niedrige Beweggründe, GA 1982, 255; Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983; Schlüchter, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, 1983; Kindhäuser, Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale, Jura 1984, 465; Gering, Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen, 1986; Dopslaff, Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale, GA 1987, 1; Spendel, Zum Begriff des Vorsatzes, Lackner-FS, 1987, 167; Mir Puig, Über das Objektive und das Subjektive im Unrechtstatbestand, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 253; Lund, Mehraktige Delikte, 1993; Niedermair, Tateinstellungsmerkmale als Strafbedürftigkeitskorrektive, ZStW 106 (1994), 388.

Desde el descubrimiento y reconocimiento de los elementos subjetivos del tipo (nm. 8) se ha impuesto de modo general en la ciencia alemana la separación de tipo objetivo y subjetivo, en la que también se basa esta exposición. Sin embargo, hay que tener claro que la acción típica constituye una unidad de factores internos y externos [89], que no se puede romper, pero sí que se puede tener presentes sus momentos particulares (tanto objetivos como subjetivos) en sus peculiaridades. Y entonces se pone de relieve que no sólo hay elementos típicos puramente objetivos (como "cosa", "ajena") y subjetivos (como el "ánimo de enriquecimiento ilícito", o "para defraudar en el tráfico ju- 53

[89] En ese sentido tb. Mir Puig, 1989, 257: "La conducta supone una unidad interno-externa". En esa idea se basa la crítica de Schmidhäuser, "Objektiver" und "subjektiver" Tatbestand: eine verfehlte Unterscheidung, Schultz-FS, 1977, 61.

rídico"), sino también otros en los que ya lingüísticamente se entremezclan indisolublemente elementos objetivos y subjetivos (cfr. ya los ejemplos de nm. 8): así, una "simulación"en el sentido del § 263 es ciertamente una actuación externa, pero inimaginable de entrada sin una conciencia subjetiva de engañar; sería ocioso por ello discutir sobre la atribución de tal elemento al tipo objetivo o al subjetivo. La separación entre exterior e interior sólo sirve para el orden externo y ha de resultar improcedente cuando contradiga el sentido de un concepto [90].

1. El tipo objetivo

a) Estructura y contenido del tipo objetivo

54 Al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado. Así p.ej., en el § 303, un tipo estructurado de modo especialmente sencillo ("el que... dañe o destruya una cosa ajena"), el vocablo "el que" caracteriza al sujeto activo, mientras que acción y resultado se describen como el daño o destrucción de un determinado objeto de la acción (aquí: una cosa ajena). Según que cualquiera pueda ser autor de un delito (como ocurre en los tipos que comienzan con "el que") o que la autoría esté limitada a determinados grupos de personas (como en los delitos de funcionarios, §§ 331 ss.), se distingue entre delitos comunes y delitos especiales. Si se requiere un resultado separado de la acción típica, se habla de delito de resultado; y si falta dicho resultado (como en el allanamiento de morada, § 123), estamos ante un delito de mera actividad. Según que el resultado requerido por el tipo consista en una lesión o en una puesta en peligro del objeto de la acción, se diferencia entre delitos de lesión y delitos de peligro. Esas y otras distinciones que se pueden obtener de la diversa estructura de los tipos objetivos se expondrán con más detalle en las "clases de tipos" (nm. 102 ss.).

55 La interpretación de los concretos elementos del tipo es un problema de la Parte especial. Pero la tarea jurídica más importante que el tipo objetivo le plantea a la Parte general consiste en elaborar los principios, no específicos de cada delito, que rigen para la acción típica en los delitos de resultado; es decir: en la Parte general hay que aclarar qué características ha de tener la relación entre sujeto activo y resultado para que se le pueda imputar al sujeto activo el resultado como acción suya. Así, para seguir con el ejemplo del § 303, para que se realice el tipo no basta con la concurrencia de una persona que actúe de un determinado modo y de una cosa dañada, sino que ha de com-

[90] "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo de injusto" y su juego conjunto cfr. el artículo homónimo de Mir Puig, "Über das Objektive und das Subjektive im Unrechtstatbestand", Arm. Kaufmann-GS, 1989, 253 ss. [= Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto, ADPCP 1988, 661 ss.; N. del T.]

probarse que el resultado es la obra del autor. Para ello, en los delitos comisivos ha de darse en primer lugar la causalidad entre la acción del autor y el resultado. Pero la misma no basta; pues si no, también realizaría el tipo del § 303 p.ej. el fabricante de la cosa posteriormente dañada por otra persona, ya que mediante la fabricación ha creado una condición del resultado. Por ello es necesario también seleccionar con criterios jurídicos de valoración, de entre las conductas causales para el resultado, aquellas que se puedan considerar acciones productoras de daños a las cosas. Y a la constatación de los presupuestos con los que es lícito considerar un resultado como obra de un determinado sujeto se la denomina **imputación al tipo objetivo.** La teoría de esa imputación, que incluye en su seno la teoría del nexo causal, requiere un tratamiento aparte y constituirá el objeto del parágrafo siguiente (§ 11), pero materialmente pertenece al tipo objetivo.

Junto al sujeto activo, el resultado y el necesario nexo de imputación entre **56** ambos, pertenecen además al tipo múltiples elementos específicos de cada delito y que caracterizan con más detalle la acción del autor, pues sólo en unos pocos casos ocurre que un bien jurídico, como p.ej. la vida humana (§ 212), es protegido penalmente contra cualquier forma imputable de menoscabo. Así p.ej. el daño al patrimonio ajeno no es en absoluto punible sin más, sino que sólo lo es si tiene lugar de un determinado modo y manera (v.gr. "simulando hechos falsos o alterando u ocultando hechos verdaderos", § 263, o infringiendo deberes específicos de custodia patrimonial, § 266). Todos estos requisitos de la acción, al igual que los otros diversos elementos del tipo son materia de la Parte especial y por ello no se van a discutir a continuación más a fondo, pero sí debe retenerse la idea general de que el ámbito de protección de un tipo, al que ha de orientarse la interpretación, no sólo puede determinarse mediante el correspondiente bien jurídico, sino en su caso también y en la misma medida mediante requisitos específicos de la acción. Por ello, en Derecho penal la interpretación teleológica no debería concebirse, como casi siempre se hace, como interpretación conforme al bien jurídico protegido, sino como interpretación conforme al ámbito de protección del correspondiente tipo [91].

b) Elementos descriptivos y normativos del tipo

Una importante distinción que afecta a todos los tipos y pertenece por tanto **57** a la Parte general es la división entre elementos descriptivos y normativos, que ha tenido gran importancia para la delimitación entre tipo y antijuridicidad y para el desarrollo de la concepción hoy dominante del tipo como tipo (clase) de injusto (cfr. nm. 10 ss.). Tal distinción también es importante para la teoría del dolo, porque los elementos descriptivos requieren una percepción

---

[91] Para más detalles R. Hassemer, 1981, 56 ss.

sensorial, y en cambio los normativos, una comprensión espiritual (para más detalles § 12, nm. 84 ss.). Aparte de eso, los elementos normativos del tipo, debido a la valoración jurídica que en su mayoría presuponen, cumplen su papel en la cuestión de si es practicable con pureza en todos los casos la distinción exigida por el StGB (§§ 16 y 17) entre error de tipo y error de prohibición (para más detalles § 12, nm. 89 ss.).

58 La delimitación y división entre elementos descriptivos y normativos son muy discutidas en las cuestiones concretas [92]. Tradicionalmente [93] se entiende por elementos descriptivos aquellos que reproducen determinados datos o procesos corporales o anímicos y que son verificados de modo cognoscitivo (cognitivo) por el juez. En cambio, son normativos todos los elementos cuya concurrencia presupone una valoración; así p.ej. conceptos como "edificio" (§ 306) o "sustraer" (§ 242) son descriptivos, mientras que términos como "injuria" (§ 185) o "ajeno" (§§ 242, 246 ó 303) son normativos. En los elementos normativos se pueden hacer ulteriores distinciones, sobre todo entre elementos con valoración jurídica ("ajeno", § 242, "funcionario en el ejercicio de su cargo", §§ 331 ss., "documento público", § 348) y elementos con valoración cultural ("acciones sexuales de cierta relevancia", § 184 c). También se puede diferenciar según que un concepto le deje al aplicador del Derecho un margen de valoración especialmente amplio y esté "necesitado de complementación valorativa" (p.ej. las "buenas costumbres" en el § 226 a, "reprobable" en el § 240 II), o que las valoraciones le vengan preestablecidas totalmente o en gran medida al juez ("conceptos valorativamente plenos"), como p.ej. ocurre en el concepto de "ajenidad", referido a la regulación civil de la propiedad. Y por supuesto que aún se pueden hacer otras distinciones conceptuales según las necesidades del correspondiente contexto argumentativo.

59 Ahora bien, en la definición usual de elementos descriptivos y normativos apenas se presentan circunstancias puramente descriptivas o normativas, pues incluso elementos a primera vista descriptivos, como "sustraer" o "edificio", en los casos dudosos deben interpretarse conforme al fin de protección del correspondiente precepto penal y por tanto conforme a criterios normativos; así vimos ya que incluso conceptos como "ser humano" o "cosa" no se pueden precisar sin ayuda de valoraciones jurídicas (nm. 11). Y en tanto en cuanto, todos los elementos (quizás con la excepción de puros conceptos de medida) serían normativos. Pero por otra parte, la mayoría de los conceptos normativos tampoco se presentan como puras valoraciones (como p.ej. "ajeno", "contrario

---

[92] Las exposiciones modernas más a fondo nos las ofrecen Engisch, Mezger-FS, 1954, 127 ss.; Kunert, 1958; Schlüchter, 1983, 7-26. Además, Darnstädt, JuS 1978, 441; Herberger, 1976, 150; Kindhäuser, Jura 1984, 465.

[93] Cfr. por todos Mezger, StrafR, [3]1949, 190 ss. [= Tratado I, 1946, 327 ss.; N. del T.]. Son muy meritorios los esfuerzos de Mezger para la comprensión de los elementos normativos del tipo; detalladamente: Vom Sinn strafrechtlicher Tatbestände, 1926, 31 ss.

a las buenas costumbres"), sino que tienen un substrato descriptivo. Así p.ej., una injuria no es reconocible con la sola reproducción de un juicio de valor social, sino que requiere también la comprobación cognitiva de un proceso acústico o de su fijación en un objeto; o el "documento" (§ 267) no existe sólo por su contenido de sentido jurídico, sino que también tiene siempre una base material perceptible por los sentidos, etc. Por consiguiente, desde este punto de vista no importa tanto la (casi imposible) separación de elementos descriptivos y normativos, cuanto reconocer que la mayoría de los elementos del tipo son una mezcla de elementos normativos y descriptivos, en los que tan pronto predomina un factor como el otro [94].

En cambio, si por razones terminológicas se quiere seguir manteniendo una delimitación practicable de elementos descriptivos y normativos, es recomendable calificar como normativos, siguiendo a Engisch [95], sólo a aquellos elementos "que sólo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de una norma". Entonces términos como "ajeno", "buenas costumbres", "reprobable", "documento", "injuria", etc., serán elementos normativos, porque presuponen sistemas de normas jurídicas o sociales, mientras que conceptos como "ser humano", "cosa", "edificio" o "sustraer" existen con independencia de cualquier contexto normativo y por ello se los puede denominar descriptivos. Pero también es cierto que tal desplazamiento conceptual no cambia nada de los problemas materiales, porque subsiste el entramado normativo en los elementos descriptivos y requiere consideración en los contextos en los que la distinción resulta importante (nm. 57). **60**

2. El tipo subjetivo

Mientras que originariamente fue dominante la opinión de que sólo los elementos objetivos pertenecen al tipo (cfr. § 7, nm. 12), actualmente se ha impuesto la concepción de que también hay un tipo subjetivo y que éste se compone del dolo y en su caso de otros elementos subjetivos del tipo adicionales al dolo (cfr. § 7, nm. 21). Históricamente se reconocieron primero los elementos subjetivos del injusto como componentes del tipo; y la ubicación del dolo, originariamente concebido como pura forma de la culpabilidad, en el tipo sólo se efectuó más tarde por influencia de la teoría final de la acción (cfr. sobre esa evolución nm. 8 s.). No obstante, sistemáticamente debe anteponerse el dolo, como elemento general del tipo subjetivo, a los específicos elementos subjetivos del tipo, que no se dan en todos los tipos y revisten formas diversas. **61**

---

[94] Por eso Stratenwerth, AT[3], nm. 269, considera "impracticable" la distinción. Tb. Dopslaff, GA 1987, 1, quiere renunciar totalmente a la distinción por las razones indicadas en el texto y porque no exige al autor "ningún conocimiento del significado de los conceptos típicos" (p. 25).

[95] Engisch, Mezger-FS, 1954, 147; tb. Schlüchter, 1983, 26, define los elementos normativos como aquellos "que remiten a una norma (jurídica o extrajurídica)"; cfr. además Jakobs, AT[2], 8/55 s.

a) El dolo típico

62 Por dolo típico se entiende, según una usual fórmula abreviada, el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo. Por tanto, quien sustrae un cosa ajena, que confunde con la suya propia, actúa sin saber en referencia al elemento "ajena" contenido en el tipo objetivo del § 242, o sea que le falta el dolo (§ 16), por lo que no puede ser castigado por hurto. Y el conductor que, pese a las advertencias de su acompañante, adelanta de modo negligente porque al confiar en su habilidad como conductor cree poder evitar un accidente, sabe ciertamente que podría pasar algo, pero no lo "quiere" en sentido jurídico y por ello no puede ser castigado por lesiones dolosas, sino por lesiones imprudentes en caso de que lesione a alguna persona. No obstante, es muy discutido en concreto qué exigencias hay que plantear al "saber" y al "querer", así como la cuestión de si realmente hay que reconocer un elemento volitivo del dolo (voluntad) y la de qué cursos del acontecimiento hay que imputar (además) al dolo. Estas cuestiones serán tratadas en profundidad en el § 12 de nuestra exposición; de momento partiremos del entendimiento previo que nos da nuestra fórmula abreviada y que proporciona una visión suficiente para tratar las cuestiones sistemáticas.

La pertenencia del dolo típico (en adelante denominado abreviadamente "dolo") al tipo subjetivo (o más exactamente: su significado bajo el aspecto valorativo del tipo) se ha impuesto hoy de modo general (aunque aún no internacionalmente) en la ciencia alemana del Derecho penal[96]. A su favor existen razones contundentes:

63 1.º) Si se atribuye al tipo la misión de tipificar el contenido de merecimiento de pena del correspondiente delito (cfr. § 7, nm. 54), no se puede renunciar al dolo para perfilar el tipo delictivo: desde ese punto de vista unos daños dolosos son algo sustancialmente distinto que los daños imprudentes (impunes en Derecho alemán). E igualmente las formas de la autoría (§ 25), que describen al autor típico, están restringidas a la comisión típica dolosa y sin ella pierden su sentido.

64 2.º) La tentativa de realizar un tipo presupone el dolo. Así p.ej., la cuestión de si alguien que hace un disparo de revólver, pero no alcanza a nadie, ha realizado el tipo del homicidio intentado, de las lesiones intentadas, de los daños intentados, o ningún tipo en absoluto, sólo se puede juzgar si se tiene en cuenta a dónde iba dirigido el dolo del agente. Ahora bien, si en el delito intentado el dolo pertenece al tipo —cosa que también admiten quienes con-

---

[96] Hoy sólo sigue siendo considerado el dolo como mero problema de culpabilidad por: Baumann/Weber, AT⁹, §§ 12 IV, 15 I 4, 24 III; Engisch, DJT-FS, 1960, t. I, 426 ss.; Spendel, Bockelmann-FS, 1979, 252. Schmidhäuser, LB AT², 8/26; idem, StuB AT², 5/6 ss., 7/36 ss.; idem, 1968, incluye los elementos volitivos del dolo en el tipo, y los intelectuales en la culpabilidad. Crít. al respecto Roxin, ZStW 83 (1971), 388 ss.

sideran el dolo en los hechos consumados exclusivamente como forma de culpabilidad—, entonces no convence que en el delito consumado sólo sea relevante desde el punto de vista de la culpabilidad. Frecuentemente se formula esto así: dado que el dolo en la fase de tentativa pertenece en todo caso al tipo y que todo delito pasa por esa fase, es imposible que en el momento de la consumación sencillamente desaparezca del tipo. Es cierto que a esto se le podría replicar que la tentativa, como causa de extensión de la punibilidad, precisa un elemento adicional del injusto (el dolo), al que se puede renunciar en el delito consumado [97]. Pero ese argumento lógicamente posible no es teleológicamente convincente, pues para perfilar el tipo delictivo es preciso también el dolo en el delito consumado (nm. 62), aunque en menor medida; y si, como con razón se acepta por todos, el injusto de la tentativa "va a parar" al injusto de la consumación y está contenido en él, no puede fundamentarse bien mediante elementos autónomos. Además, lo que concuerda con el modo natural de ver las cosas es que la tentativa sólo se distingue de la consumación por la falta del resultado.

3.°) También habla en favor de la concepción del dolo como elemento del **65**
tipo la circunstancia [98] de que la mayor parte de las acciones típicas son descritas por el legislador mediante verbos concebidos de modo final [99]. Así, no es posible "apostarse o acechar a la caza" (§ 292), "ofrecer resistencia" y "agredir por vías de hecho" (§ 113), pero tampoco "simular" (§ 263), "falsificar" (§ 264), "coaccionar" (§ 240), "apropiarse" (§ 246), "ejecutar acciones sexuales" (§ 174 ss.), etc., sin pretender con conciencia y voluntad el objetivo que encierran esos vocablos de actividad. Por tanto, en esa medida los elementos subjetivos no se pueden eliminar de la descripción del acontecimiento objetivo. Es cierto que en su mayoría esos elementos no son idénticos al dolo típico, que depende de otros requisitos adicionales (así, el que se aposte a la caza no necesariamente lo querrá hacer "vulnerando un derecho de caza ajeno", o el que simula no siempre querrá perjudicar al patrimonio ajeno); pero, como es indiscutible que con los vocablos de actividad final llegan al centro del tipo elementos parciales del dolo, lo consecuente con ese descubrimiento es reconocer sin más que el dolo es componente del tipo con independencia de la redacción estilística de los concretos preceptos penales.

4.°) Por último, los elementos subjetivos del tipo no contenidos en descrip- **66**
ciones objetivas de la acción típica, cuya existencia generalmente tampoco niegan quienes consideran el dolo como problema puramente de culpabilidad, tienen que llevar también al reconocimiento del dolo típico. En efecto, es cierto que algunos de esos elementos subjetivos del tipo (como el "ánimo de apro-

---

[97] Así sobre todo Engisch, Rittler-FS, 1957, 173 s.; idem, DJT-FS, 1960, t. I, 436.
[98] A la que aludió por primera vez v. Weber, 1935.
[99] Cfr. tb. Gallas, ZStW 67 (1955), 33 s.

piación antijurídica" en el § 242 o el "ánimo de enriquecimiento ilícito" en el § 263) no son total ni parcialmente idénticos al dolo, sino que están autónomamente junto al mismo, pero presuponen el dolo: quien no tiene dolo de hurtar no puede querer apropiarse antijurídicamente de la cosa que ha sustraído; y quien realiza sin dolo de estafar el tipo objetivo del § 263 no puede tener el propósito de enriquecerse o enriquecer a otro ilícitamente. Ahora bien, lo que es presupuesto necesario de un elemento del tipo, también ha de pertenecer como tal al tipo.

67 5.º) En cambio, el concepto de acción no proporciona ningún argumento a favor de la pertenencia del dolo al tipo. Es verdad que el finalismo, al haber calificado a la finalidad como elemento esencial de la acción y haberla equiparado —en su fase inicial— con el dolo (para más detalles § 7, nm. 15, § 8, nm. 16), dio el impulso decisivo al reconocimiento del dolo como parte del tipo; pero precisamente esa fundamentación no es sostenible, porque la afirmación de la existencia de una acción aún no aclara nada sobre la tipicidad y el dolo típico (en detalle § 8, nm. 24). Sin embargo, si se tiene en cuenta que los finalistas desde el principio también han hecho valer los restantes argumentos a favor de la pertenencia del dolo al tipo, resulta comprensible que hayan logrado imponer esa tesis central, a pesar de que mayoritariamente no se ha aceptado su teoría de la acción. O sea, que la teoría final de la acción se ha transformado —cierto que sólo en los delitos comisivos dolosos— en una teoría final del tipo y sólo en esa forma ha sido acogida por la op. dom. Para ello, el concepto originariamente ontológico de finalidad de los finalistas ha de evolucionar hasta un entendimiento valorativo y óntico-normativo de la finalidad, pues el dolo típico no consiste en absoluto sólo en controlar el curso causal hacia el resultado típico, sino que presupone la comprensión del contenido del sentido normativo de todos sus elementos (cfr. nm. 57 ss.) [100].

68 Frente a esto no pueden convencer las razones que se han aducido a favor de la tesis de que el dolo típico es un puro elemento de la culpabilidad. Así se alega que según el § 16 I el tipo es objeto del dolo y que éste no puede por tanto ser componente del objeto al que se refiere [101]. Pero frente a esto hay que responder con la opinión, ya desarrollada al principio, de que el § 16 describe el tipo a efectos de error, que no es idéntico al concepto sistemático del tipo (cfr. nm. 1-6).

69 Además, siguiendo a la doctrina antigua, se alude a que entre dolo e imprudencia existe una diferencia de culpabilidad, que se plasma en la punibilidad y el marco penal y que apoya la concepción de dolo e imprudencia como formas de la culpabilidad. Pues bien, esa diferencia de culpabilidad es efecti-

---

[100] Para más detalles y a fondo al respecto, Roxin, ZStW 74 (1962), 515 ss. (= Grundlagenprobleme, 72 ss.) [= Problemas básicos, 1976, 84 ss.; N. del T.].

[101] Así sobre todo Engisch, DJT-FS, 1960, t. I, 427 s.

vamente innegable, pero no es un dato en contra de la ubicación del dolo típico en el injusto, ya que un injusto superior concurriendo los restantes presupuestos de la culpabilidad siempre acarrea también una culpabilidad superior; en ese sentido todos los elementos del injusto son mediatamente también relevantes para la culpabilidad, sin por eso ser elementos de la culpabilidad en sentido estricto. Una cuestión diferente es la de si, debido a esa relevancia para la culpabilidad, no tendrán que confluir **también** consideraciones de culpabilidad en la delimitación de dolo e imprudencia (para más detalles al respecto § 12, nm. 25 s.). Como ya se ha expuesto antes (§ 7, nm. 76), es un fallo metodológico aislar las categorías delictivas entre sí como figuras espaciales. El significado del dolo para el injusto no se debilita porque también resulte relevante desde el aspecto valorativo de la culpabilidad y que pueda ser co-influenciado por ella en la configuración de su contenido.

b) Los elementos subjetivos del tipo y su delimitación de los elementos de la culpabilidad

La pertenencia, apenas discutida [102] tanto antes (cfr. nm. 8) como ahora, **70**
de otros elementos subjetivos al tipo se deriva sobre todo de la concepción del tipo como tipo (clase) de delito y de injusto. Así, quien sustrae una cosa mueble ajena **sin** ánimo de apropiación antijurídica no realiza precisamente el injusto típico del hurto, sino que comete una desposesión impune por regla general. O la conducta de quien sin ánimo de enriquecimiento ilícito causa mediante engaño un perjuicio al patrimonio ajeno (p.ej. para jugarle una mala pasada) no concuerda con el tipo delictivo de la estafa como delito de enriquecimiento (cfr. § 263). O quien falsifica un documento sin querer engañar con ello en el tráfico jurídico, no ataca a la pureza del tráfico probatorio, en cuya lesión radica el injusto de la falsedad documental (§ 267), etc.

El problema propiamente dicho de los elementos subjetivos del tipo [103] ya **71**
no consiste actualmente en su existencia, sino en su delimitación de los elementos subjetivos especiales de la culpabilidad. No es posible ubicar los elementos subjetivos sin más en el tipo aduciendo como fundamento que los mismos "fundamentan o refuerzan el juicio de desvalor social sobre el hecho" [104], pues el juicio de desvalor social no distingue entre injusto y culpabilidad. Así p. ej., dicho juicio también se ve esencialmente aminorado o excluido por la concurrencia de una situación de estado de necesidad disculpante (§ 35);

---

[102] Una exposición sintética de la teoría de los elementos subjetivos del injusto la da en los últimos tiempos Zielinski, 1973, 26-56. Como último adversario de la teoría de los elementos subjetivos del injusto destacó Oehler, 1959. Contra él certeramente Zielinski, 1973, 39 s.

[103] Se habla tb. de elementos subjetivos del injusto, lo que es equivalente; pues, como el tipo tiene una función fundamentadora del injusto, los elementos del tipo son simultáneamente elementos del injusto.

[104] Welzel, StrafR[11], 79 [= PG, 1987, 116; N. del T.]; asimismo Maurach/Zipf, AT/1[8], 22/52, aunque sin especial fundamentación.

por tanto, la influencia de una circunstancia sobre el juicio de desvalor social no prueba su pertenencia al injusto. La idea rectora para la delimitación ha de ser más bien la circunstancia que es decisiva para ubicar sistemáticamente los elementos subjetivos en el injusto: la referencia al tipo delictivo. Un elemento subjetivo puede caracterizar el tipo delictivo al referirse al bien jurídico protegido; pero también puede cooperar a determinar el tipo delictivo caracterizando el objeto de la acción típica, la forma de su menoscabo o tendencias relevantes para el injusto. En cambio, cuando un elemento no se refiere al tipo delictivo, sino que únicamente describe motivos, sentimientos y actitudes internas independientes de aquél (y agravantes por regla general), se trata de elementos de la culpabilidad [105].

72 En el caso del "ánimo de apropiación antijurídica" del § 242, p.ej., la intención se dirige a la apropiación, o sea a la desposesión del propietario y correlativo apoderamiento de la cosa sustraída. El componente desposesorio del ánimo de apropiación tiende directamente a la propiedad como bien jurídico protegido (junto a la posesión) en el § 242; y el componente de apoderamiento caracteriza la otra cara del tipo delictivo, que no se agota en el menoscabo de la propiedad y la posesión, sino que tiene como presupuesto indispensable la voluntad de incorporación al propio patrimonio. Por consiguiente, ambos componentes del ánimo de apropiación perfilan, complementándose entre sí, elementos esenciales del tipo delictivo, por lo que está clara su ubicación sistemática como elemento subjetivo del tipo. De modo similar sucede en el ánimo de lucro o enriquecimiento en la estafa (§ 263): como el enriquecimiento es según op. dom. el reverso del empobrecimiento (desenriquecimiento) del perjudicado, o sea que no puede ser a costa de un tercero, se da una referencia al patrimonio de la víctima (es decir, al bien jurídico protegido); el ulterior momento de enriquecimiento caracteriza igualmente el tipo delictivo de la estafa, que no está concebida como delito de daño patrimonial, sino precisamente como delito de enriquecimiento. Asimismo la "astucia" en el asalto del § 223 a, por poner otro ejemplo aclaratorio más, configurado de modo totalmente diferente, es un elemento subjetivo del tipo [106], pues si con la doc. dom. se entiende por astucia el ocultar la verdadera intención del autor —p.ej. alguien se acerca a otro con el ruego aparentemente inofensivo de que le dé fuego y de pronto derriba a golpes a la víctima que iba a acceder a su solicitud—, ese elemento caracteriza el modo y forma de la agresión, que hace que el hecho resulte especialmente peligroso en comparación con el tipo básico de las lesiones (§ 223) y que por ello modifica el tipo delictivo de forma que requiere una pena agravada.

---

[105] Una delimitación análoga se encuentra en Jescheck, AT[4], §§ 30 I 3, 42 II 3; Wessels, AT[23], §§ 5 III 4, 10 IV.

[106] Así tb. Jescheck, AT[4], § 42 II 3 a; en contra Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 13, nm. 122.

En cambio, en el asesinato el criterio de la "codicia" (como también cualquier otro "móvil abyecto" en el § 211) es un elemento de la culpabilidad [107], ya que el deseo de ganancia del autor es independiente del bien jurídico protegido ("vida humana"), tampoco caracteriza ninguna forma específica de ataque (como v.gr. "con medios que impliquen peligro colectivo") y tampoco aporta nada en otros aspectos a la caracterización del tipo delictivo, pues el asesinato, como muestran sus restantes elementos, no es un delito de enriquecimiento. El móvil de codicia únicamente aumenta la culpabilidad de un homicidio y por eso no es un elemento subjetivo del tipo, sino sólo un motivo para una mayor responsabilidad penal. 73

Este ejemplo enseña que sería equivocado clasificar *in abstracto* un determinado elemento, como puede ser el "ánimo de enriquecimiento" como elemento del injusto o de la culpabilidad. Por el contrario, ello sólo se puede decidir específicamente para cada tipo, de tal manera que dicho criterio en el § 263 es un elemento subjetivo del tipo, ya que en el mismo caracteriza el tipo delictivo, mientras que en el § 211 (en la forma aumentada de codicia, o sea del deseo de ganancia a cualquier precio) es un mero momento de la culpabilidad. Del mismo modo, el "propósito de destruir un grupo nacional, racial, religioso o étnico" del § 220 a (genocidio) es un elemento subjetivo del tipo, porque se refiere al bien jurídico protegido y es constitutivo para el tipo delictivo, mientras que el mismo propósito, incluido como "móvil abyecto" en el marco del § 211, sólo es un elemento que aumenta la culpabilidad [108]. También pertenecen a la culpabilidad los elementos del asesinato "para posibilitar u ocultar otro delito", ya que el "otro delito" aquí mencionado está fuera del typus delictivo del aniquilamiento de vida ajena, por lo que la intención dirigida a ese fin no aumenta el injusto, sino sólo la culpabilidad. 74

Los ejemplos muestran además que sería incorrecto incluir en el injusto los elementos subjetivos siempre que los mismos pretendan un resultado en el mundo exterior, y reservar para la culpabilidad solamente los elementos que sean "puramente internos" [109], como p.ej. los celos como "móvil abyecto" en el asesinato. Lo decisivo no es el resultado del mundo externo, sino el que tenga o no relación con el tipo de injusto. Y tampoco es recomendable trabajar con conceptos como "fin", "motivo", "intención", "impulso", "móvil", "sentimiento", "actitud interna", etc., atribuirlos bien al injusto o bien a la culpabilidad y 75

---

[107] Dubitativo, pero más bien por una "interpretación como elemento subjetivo del injusto", Jakobs, AT², 8/96. Tb. la jurispr., que considera el § 211 como un tipo autónomo frente al § 212, como consecuencia de ese punto de partida entiende todos los elementos del asesinato como "auténticos elementos del tipo" (BGHSt 1, 371). Paeffgen, GA 1982, 255 ss., se coloca hipotéticamente en el punto de vista de la jurispr., pero opina que incluso desde ahí no se puede negar una "dimensión de culpabilidad" (p. 270) en los móviles abyectos.

[108] Cfr. Jakobs, NJW 1970, 1089, contra Dreher, JR 1970, 146 ss.

[109] Así, sin embargo, Dreher, JR 1970, 146-148.

subsumir a continuación en ellos los concretos elementos subjetivos [110]; pues el contenido de esos conceptos (también p.ej. el uso del lenguaje legal al emplear el término "intención") es tan oscilante y falto de unidad que es casi imposible conseguir mediante una definición exacta un instrumental terminológico adecuado para delimitar injusto y culpabilidad. Además, al emplear tales conceptos, es fácil perder de vista que incluso un mismo término puede cobrar en distintos contextos una función totalmente diferente a efectos sistemáticos.

76 Así pues, nos queda la referencia al tipo delictivo como criterio rector para delimitar los elementos subjetivos del injusto y de la culpabilidad. Pero también es cierto que pueden presentarse algunas dificultades al respecto: en primer lugar, porque no en todos los tipos hay unanimidad sobre el alcance del tipo delictivo; y en segundo lugar, porque la ubicación depende también esencialmente del contenido concreto que se atribuya a un elemento subjetivo. Ambos cometidos afectan a la interpretación de tipos y elementos de la Parte especial, que aquí no es posible efectuar en detalle, pues el objeto de la Parte general es sólo establecer el principio decisivo y aclararlo con la ayuda de ejemplos seleccionados. El desarrollo del principio en detalles ha de reservarse al análisis de los diversos preceptos en la Parte especial.

77 No obstante, la delimitación es importante, y no sólo por razones teórico-sistemáticas, sino también por sus repercusiones prácticas. Ello sucede especialmente en la teoría de la participación, en la que sí deben considerarse "especiales elementos personales" en el sentido del § 28 los elementos subjetivos de la culpabilidad, pero no los elementos subjetivos del injusto [110a]. Así p.ej., si alguien, sin concurrir en él un elemento del asesinato, induce a otro a matar por codicia, conforme al § 28 II sólo se le castigará por inducción a homicidio (§ 212), siempre que se considere la "codicia" como elemento de la culpabilidad. En cambio, si alguien, sin tener él mismo ánimo de apropiación, incita a otro a un hurto (§ 242), le corresponde según el § 26 la misma pena que al autor, ya que según la opinión predominante el § 28 no se refiere a elementos subjetivos del injusto, por lo que el ap. 1 de ese precepto, que en otro caso sería aplicable, tampoco le sirve de atenuación al autor.

c) Elementos de la actitud interna

78 Aún quedan por tratar de modo autónomo los llamados elementos de la actitud interna *(Gesinnungsmerkmale)* [111], que plantean especiales dificultades

[110] Cfr. p.ej. Lampe, 1967, 229 ss., que distingue sobre todo entre fin y motivo (p. 234) y asigna el fin al injusto y el motivo a la culpabilidad. Sin embargo, en sus resultados es aceptable la mayor parte de los análisis de Lampe.

[110a] Cfr. LK[11]-Roxin, § 28, nm. 10 ss., 51 ss., 70.

[111] Monografía: Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958. Posteriormente Schmidhäuser, influido por la crítica (sobre todo de Stratenwerth), ha modificado parcialmente su concepción originaria, cfr. Schmidhäuser, LB AT[2], 10/116 ss.; idem, StuB AT[2], 7/124 ss.

para ubicarlos en el injusto o en la culpabilidad. Estos elementos (como "malicioso", "desconsiderado", "cruel", "brutal") describen una disposición interna moralmente censurable del sujeto al realizar su conducta en la concreta situación del hecho. Tales circunstancias son elementos de la culpabilidad en la medida que sólo caractericen una constitución interna añadida al tipo delictivo [112]. Así sucede p.ej. con los elementos "maliciosamente" (= por actitud de ánimo hostil, mala) en los §§ 90 a, 130 n.º 3 y 223 b, o "desconsideradamente" (= por motivos egoístas) en el § 315 c I, n.º 2. El tipo delictivo está claramente perfilado en estos casos por la conducta externa descrita en los tipos correspondientes, pero el legislador hace depender la punibilidad de un requisito adicional de culpabilidad. Cuando tales elementos de la actitud interna "propios", como son los de los ejemplos citados, tienen efecto agravatorio, no están exentos de reparos desde el punto de vista del Estado de Derecho, puesto que vinculan la punibilidad a la valoración judicial de posturas internas difícilmente comprobables en el ámbito forense. "Aquí radica el decisivo punto peligroso de la infiltración de un Derecho penal de la actitud interna" [113]. Por eso el legislador ha suprimido con razón el elemento "sin conciencia" (sin escrúpulos) contenido antes en el § 170 c y d, y el término "maliciosamente" al menos lo ha eliminado en el § 134 y también al suprimir el antiguo § 170 a.

Junto a esos elementos de la actitud interna "propios" también los hay 79
"impropios", que según una concepción muy discutida, pero correcta, pertenecen en parte al injusto y en parte a la culpabilidad. Un ejemplo de ellos lo constituye el elemento "cruelmente" en el § 211; según la jurispr. (BGHSt 3, 180) mata cruelmente "el que causa especiales dolores o torturas a la víctima por una actitud inmisericorde y sin sentimientos (que no tiene por qué ser una cualidad general del sujeto)". Si se sigue esta posición, la causación de dolores o torturas es un requisito del tipo, ya que afecta al modo de provocar la muerte y lo convierte en un homicidio de alguna manera potenciado. En cambio, la "actitud inmisericorde y sin sentimientos", que no está necesariamente unida a ello, sino que debe añadirse como elemento autónomo, es un componente de la culpabilidad.

Por muy sutiles que parezcan tales distinciones, no son ningún pasatiempo 80
teórico, sino que tienen considerable importancia práctica; y no sólo para la teoría de la participación, por regir el § 28 para la parte de culpabilidad, pero no para la de injusto (cfr. nm. 77) [114], sino también para la teoría del error. Si se imagina el caso de que un sujeto, por una actitud carente de sentimientos, quiera causar especiales dolores a otro, pero que la víctima, por estar ya

[112] En cambio, para Jakobs, AT², 8/98, los elementos de la actitud interna pertenecen "en su totalidad como mínimo también al injusto".

[113] Welzel, StrafR¹¹, 80 [= PG, 1987, 116; N. del T.].

[114] Ver sobre ello Niedermair, ZStW 106 (1994), 388, 393 ss., que intepreta los elementos de la actitud interna como correctivos de la necesidad de pena.

inconsciente, no sienta absolutamente nada en contra de lo que supone el autor, habría que afirmar que hay "crueldad" y por tanto un asesinato si ello sólo dependiera de la posición interna y por tanto se tratara el elemento como puro elemento de la culpabilidad. Si por el contrario se considera el hecho de causar dolor o martirizar como presupuesto del injusto, tendrá que concurrir realmente, de tal modo que en el caso del ejemplo no se puede aceptar que hubiera crueldad [115].

81 Lo mismo sucede con la "alevosía" como elemento del asesinato, si con la jurispr. constante (cfr. BGHSt 9, 385) se la define como "aprovechamiento de la falta de sospecha y la indefensión de la víctima" debido a una "dirección de voluntad hostil"; entonces el aprovechamiento será un elemento del tipo, y la tendencia de la voluntad pertenecerá a la culpabilidad. De modo similar la jurispr. (BGHSt 25, 277) exige para el maltrato "brutal" en el § 223 b "considerables consecuencias de la acción" (elemento del injusto) así como una "actitud anímica sin sentimientos" (elemento de la culpabilidad).

82 Según esto, en los elementos de la actitud interna hay que diferenciar: ni pertenecen sólo al injusto [116], ni se los puede considerar todos como meros elementos de la culpabilidad [117]. Por el contrario, hay elementos de la actitud interna propios, que sólo pertenecen a la culpabilidad (p.ej. maliciosamente, desconsideradamente, móvil abyecto), e impropios (o más correctamente: semi), que hay que imputar en parte al injusto y en parte a la culpabilidad [118] (de modo cruel, alevoso, brutal). En los elementos de la actitud interna impropios el tipo y la culpabilidad resultan entrelazados de modo similar (¡no igual!) a como lo son tipo y antijuridicidad por los elementos de valoración global del hecho (nm. 45 ss.). Además existen también elementos de la actitud interna aparentes (como "con astucia", cfr. nm. 72), que en realidad no designan una actitud interna, sino sólo una forma de ataque y son por ello puros elementos del injusto.

d) Sobre la sistematización de los tipos con elementos subjetivos

83 Ha habido múltiples intentos de sistematizar los tipos con elementos subjetivos mediante ulteriores subdivisiones. La más conocida es la clasificación,

---

[115] Indicando la dirección en ese sentido Stratenwerth, v. Weber-FS, 1963, 178. Sin embargo, hay una tentativa de asesinato.

[116] Así, sin embargo, Maurach/Zipf, AT/1⁸, 22/52; Welzel, StrafR¹¹, 79 [= PG, 1987, 115 s.; N. del T.], al menos para elementos como "codicia" o "satisfacción del instinto sexual"; Bockelmann/Volk, AT⁴, § 12 A III 3.

[117] Así ciertamente Gallas, ZStW 67 (1955), 46.

[118] Igual que aquí, Stratenwerth, v. Weber-FS, 1963, 171 ss.; idem, AT³, nm. 330 ss.; Schmidhäuser, LB AT², 10/124 ss.; idem, StuB AT², 7/130 s. En cambio, Jescheck, AT⁴, § 42 II 3 a; Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 13, nm. 122; Wessels, AT²³, § 10 IV, atribuyen los elementos de la actitud interna impropios únicamente al injusto. Diferenciando nuevamente de modo distinto Baumann/Weber, AT⁹, § 20 I 2.

formulada por Mezger [119], en delitos de intención, delitos de tendencia y delitos de expresión.

84 En los **delitos de intención** se incluyen tipos en los que la intención subjetiva del autor debe ir dirigida a un resultado que va más allá del tipo objetivo, p.ej. a la apropiación en el hurto (§ 242), al engaño en el tráfico jurídico en la falsedad documental (§ 267) o a dañar la salud en el envenenamiento (§ 229). En los tipos muy frecuentes de este grupo se habla también de **delitos con tendencia interna trascendente.** Este grupo se puede subdividir a su vez en delitos mutilados de dos actos y delitos cortados de resultado. En los **delitos mutilados de dos actos** el resultado adicional ha de ser provocado por una acción ulterior (p.ej. introducir el dinero en el tráfico en el § 146, o engañar en el tráfico jurídico en el § 267). En cambio, en los **delitos cortados de resultado** el segundo resultado ulterior debe producirlo la propia acción típica sin una segunda acción adicional (p.ej. el envenenamiento según el § 229 provocará el daño en la salud, y el alzamiento de bienes patrimoniales en el § 288 debe frustrar *eo ipso* la satisfacción del acreedor) [119a].

85 Casi todos los restantes tipos con elementos subjetivos se abarcan mediante la categoría, algo vaga, de **delitos de tendencia,** con la que se alude a delitos en los que una tendencia subjetiva es inherente a un elemento típico o codetermina el tipo (clase) de delito. Ejemplos de la primera clase nos los proporcionan los delitos sexuales, en los que sólo la tendencia lúbrica le da su carácter sexual a la conducta externa del autor, así como otros delitos en los que "vocablos de actividad final" (como "acechar", "simular", etc.) convierten a una determinada dirección de la voluntad en componente del tipo; más exactamente, en estos casos estamos ante elementos mixtos objetivo-subjetivos (cfr. nm. 8, 53). A la segunda clase pertenecen sobre todo ciertas intenciones, como las que se expresan con los términos "en su propio provecho patrimonial" en el § 181 a I, n.° 2, o el ánimo de irrogar un perjuicio en el § 247 I, n.° 1. No es fácil su delimitación de los delitos de intención propiamente dichos, pero carece de relevancia práctica.

86 Por **delitos de expresión** se entiende aquellos tipos cuya acción muestra un proceso interno en el autor. El principal ejemplo lo constituye la declaración falsa en el falso testimonio y similares de los §§ 153 ss., en cuanto no se considere como criterio de la falsedad la correción o incorrección, sino la desviación de una manifestación de la convicción íntima del declarante (teoría

---

[119] Mezger, 1926, 13 ss.; idem, StrafR, [3]1949, 172 s. [= Tratado I, 1946, 373 ss.; N. del T.]. Hoy se encuentra esa división sobre todo en Jescheck, AT[4], § 30 II, que desde la perspectiva de su teoría (cfr. n. 118) menciona además como cuarto grupo los elementos de la actitud interna impropios.

[119a] Sobre la delimitación entre delitos cortados de resultado y delitos mutilados de dos actos cfr. Lund, 1993, 239 s.

subjetiva), o la omisión de denuncia de delitos (§ 138), que presupone el conocimiento del delito planeado.

87 No todos los elementos subjetivos se dejan encuadrar sin forzarlos en esos grupos; así p.ej. para determinadas formas de ataque ("con astucia") y para los componentes del injusto de los elementos de la actitud interna impropios (nm. 79-82) realmente haría falta otro grupo más de "factores objetivos caracterizados subjetivamente". Y también serían imaginables divisiones que se realizaran desde puntos de vista distintos en sus principios. Sin embargo, no merece la pena seguir examinando esas posibilidades, porque tales distinciones carecen de importancia para la aplicación del Derecho; en cuanto a los resultados lo único que importa en todos los casos es si o hasta qué punto un elemento subjetivo debe encuadrarse en el injusto o en la culpabilidad.

VII. Desvalor de la acción y del resultado en el tipo

Bibliografía: Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrech, 1867; Adolf Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, t. I, 1867; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878; Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903; Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, t. I, 1903; t. II, 1905; Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen, 1905; Nagler, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, Binding-FS, t. II, 1911, 273; Goldschmidt, Der Notstand, ein Schuldproblem, ÖstZStr 1913, 129, 224; Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GerS 89 (1924), 207, Welzel, Kausalität und Handlung, ZStW 51 (1931), 703; v. Weber, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935; Graf zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1936 ([4]1950); Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), 491; Welzel, Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes, Kohlrausch-FS, 1944, 101; Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 1950 ([4]1961) [= El nuevo sistema del Derecho Penal, trad. de J. Cerezo Mir, Barcelona, Ariel, 1964]; Zippelius, Der Aufbau der modernen Unrechtslehre, 1953; Arm. Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; H. Lampe, Über den personalen Unrechtsbegriff im Strafrecht, tes. doct. no impresa, Göttingen, 1954; Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 1 (tb. como separata en: Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 19); Engisch, Einführung in das juristische Denken, 1956 ([8]1983); Engisch, Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, Rittler-FS, 1957, 165; Maihofer, Der Unrechtsvorwurf, Rittler-FS, 1957, 141; Würtenberger, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 1957 ([2]1959); Fukuda, Vorsatz und Fahrlässigkeit als Unrechtselemente, ZStW 71 (1959), 38; Engisch, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-FS, t. I, 1960, 401; Welzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961; Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74 (1962), 515 (= Grundlagenprobleme, 72) [= Problemas básicos, 1976, 84]; Stratenwerth, Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, SchwZStr 79 (1963), 233; Arm. Kaufmann, Das fahrlässige Delikt, ZfRV 1964, 41; Krauß, Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht, ZStW 76 (1964), 19; Krümpelmann, Die Bagatelldelikte, 1966; Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966; E. J. Lampe, Das personale Unrecht, 1967; Arm. Kaufmann, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW 80 (1968), 34; Krümpelmann, Stufen der Schuld beim Verbotsirrtum, GA 1968, 129; Roxin, Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts, Radbruch-GS, 1968, 260; Schmidhäuser, Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht, 1968; Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, Kienapfel, Zur gegenwärtigen Situation der Strafrechtsdogmatik in Österreich, JZ 1972, 569; Nowakowski, Probleme der Strafrechtdog-

matik, JBl 1972, 19; Rudolphi, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes in Rahmen der personalen Unrechtslehre, Maurach-FS, 1972, 51; Seiler, Die Bedeutung des Handlungsunwertes im Verkehrsstrafrecht, Maurach-FS, 1972, 75; Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973; Lüderssen, Die strafrechtsgestaltende Kraft des Beweisrechts, ZStW 85 (1973), 288; Schüler-Springorum, Der natürliche Vorsatz, MSchrKrim 1973, 363; Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973; Arm. Kaufmann, Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht, Welzel-FS, 1974, 393; Schaffstein, Handlungs-, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Welzel-FS, 1974, 557; Suárez Montes, Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre?, Welzel-FS, 1974, 379; Moos, Die finale Handlungslehre, en: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, t. II, 1975, 5; Otto, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975), 539; Schünemann, Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?, Schaffstein-FS, 1975, 159; Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, 435, 511, 647, 715, 787; Stratenwerth, Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, Schaffstein-FS, 1975, 177; Volk, Strafbarkeit der fahrlässigen Körperverletzung im Straßenverkehr, GA 1976, 161; Schöne, Unterlassungsbegriff und Fahrlässigkeit, JZ 1977, 150; Spendel, Der Gegensatz zwischen rechtlicher und sittlicher Wertung am Beispiel der Notwehr, DRiZ 1978, 327; Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Bockelmann-FS, 1979, 155; Lüderssen, Erfolgszurechnung und "Kriminalisierung", Bockelmann-FS, 1979, 181; Paeffgen, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97 b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979; Spendel, Gegen den "Verteidigungswillen" als Notwehrerfordernis, Bockelmann-FS, 1979, 245; Hruschka, Der Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteils nach heutigem Strafrecht, GA 1980, 1; Ebert//Kühl, Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat, Jura 1981, 225; Jahr, Die Bedeutung des Erfolges für das Problem der Strafmilderung beim Versuch, 1981; Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der ZStW (Parte I), ZStW 93 (1981), 831; Hünerfeld, Zum Stand der deutschen Verbrechenslehre aus der Sicht einer gemeinrechtlichen Tradition in Europa, ZStW 93 (1981), 979; Mylonopoulos, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, 1981; Schöneborn, Zum "Erfolgsunwert" im Lichte der sozialpsychologischen Attributionstheorie, GA 1981, 70; Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der ZStW (Parte II), ZStW 94 (1982), 239; Engisch, Einführung in das juristische Denken, [8]1983; Kratzsch, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985; Jescheck, Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, ZStW 98 (1986), 1; Dencker, Erfolg und Schuldidee, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 441; Dornseifer, Unrechtsqualifizierung durch den Erfolg - ein Relikt der Verdachtsstrafe?, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 427; Kratzsch, Prävention und Unrecht - eine Replik, GA 1989, 49; Paeffgen, Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 399; Degener, Zu den Bedeutungen des Erfolges im Strafrecht, ZStW 103 (1991), 356.

Hoy en día se ha convertido en algo usual distinguir en el injusto (y sobre todo también en el tipo como tipo —clase— de injusto) entre desvalor de la acción y del resultado. Si se contempla el dolo típico y otros elementos subjetivos como componentes del tipo, entonces éste no se agota, como se creía en la época de la estructura clásica del delito (§ 7, nm. 12), en el desvalor del resultado, o sea en la provocación de un estado jurídicamente desaprobado, sino que la acción del autor con su finalidad y sus otras cualidades y tendencias subjetivas, así como las ulteriores intenciones frecuentemente requeridas por el precepto penal también constituyen el injusto. Así, si no se realiza el desvalor del resultado de un delito de lesión y en cambio concurre el desvalor de la acción, se da una tentativa. Si por el contrario concurre el desvalor del resultado de un delito de lesión, pero no se puede constatar un desvalor de la acción, faltará el injusto y se producirá la impunidad. Es cierto que si falta el 88

desvalor de la acción de un delito doloso, aún es posible que haya que afirmar la existencia del desvalor de la acción (consistente en la creación de un riesgo no permitido) de un hecho imprudente; pero si tampoco concurriera ese desvalor, la consecuencia será la impunidad. Según la concepción actual, la realización del tipo presupone en todo caso y sin excepción tanto un desvalor de la acción como un desvalor del resultado. Es verdad que la configuración del desvalor de la acción puede ser diferente según la forma, requerida en cada caso concreto, de dolo o de imprudencia, de tendencia y de cualidad de la acción, y que también el desvalor del resultado se configura de modo distinto en la consumación o en la tentativa, en la lesión o en la puesta en peligro; pero el injusto consiste siempre en una unión de ambos, pues incluso en los llamados delitos de mera actividad (cfr. nm. 103 ss.), como el allanamiento de morada (§ 123), existe un resultado externo, aunque el mismo es inseparable de la acción.

89 La teoría del desvalor de la acción ha sido promovida sobre todo por el finalismo, pues, como según su concepción la finalidad dirigida al resultado es ya elemento integrante de la acción (cfr. § 8, nm. 16), aquélla ha de tener asimismo una importancia central para el tipo y el injusto. A esta concepción hoy dominante, que incluye el desvalor de la acción, se la denomina toría del "injusto personal", concepto este que también fue acuñado por el finalismo y cuya formulación clásica se encuentra en Welzel [120]: "La causación del resultado (lesión del bien jurídico) desvinculada en su contenido de la persona del autor no agota el injusto, sino que la acción sólo es antijurídica en cuanto obra de un determinado autor: qué meta le ha marcado al hecho objetivo poniendo en práctica el fin, con qué disposición de ánimo lo ha cometido, y qué deberes le obligaban al hacerlo, todo ello determina decisivamente el injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un determinado autor. E injusto es injusto 'personal' de la acción referido al autor". Esta concepción se ha impuesto ampliamente porque es independiente de la aceptación de la teoría final de la acción como tal, y se deriva ya de la pertenencia del dolo y de los elementos subjetivos del tipo al tipo, la cual se basa en otras razones distintas de las de la teoría de la acción (cfr. nm. 67, 70).

90 Ahora bien, la cuestión de si la acción típico-antijurídica debe concebirse como injusto personal o como pura lesión del bien jurídico es materialmente mucho más antigua que la teoría final de la acción y ha acompañado desde el principio a todos los esfuerzos por construir el moderno sistema del Derecho penal. Inicialmente se discutió tal cuestión desde el punto de vista de la posibilidad de separar injusto y culpabilidad, ya que al reconocer elementos personales del injusto se creyó obligado convertir a la culpabilidad (como

---

[120] La última vez en: StrafR[11], 62 [= PG, 1987, 91 s.; N. del T.].

criterio personal por excelencia) en componente del injusto, mientras que, a la inversa, los defensores de la separación de ambas categorías creían poder llevar a cabo la delimitación sólo reduciendo el injusto al desvalor del resultado. El punto angular de esa polémica estribaba en la cuestión de qué contenido tiene la norma jurídicopenal y a quién se dirige. Pues bien, dado que los problemas de esa denominada lógica de la norma siguen determinando también, aunque con algunas modificaciones, la moderna discusión en torno a la importancia de acción y resultado en el tipo, para entender la evolución al respecto es precisa una breve retrospectiva histórico-dogmática [121].

La discusión tiene su punto de arranque en Adolf Merkel, que configura [122] 91
el injusto como lesión del bien jurídico y ésta como rebelión contra el poder espiritual del Derecho. Como tal colisión contra el Derecho como "poder espiritual" presupone la imputabilidad del sujeto, según la teoría de Merkel los preceptos penales sólo se dirigen de antemano a los que tienen capacidad de culpabilidad. El injusto sólo lo puede cometer quien es culpable, de modo que injusto y culpabilidad no son separables. A esta concepción le opuso Jhering [123] —aunque limitándolo al Derecho civil— un concepto objetivo de antijuridicidad (p.ej. en la posesión de buena fe de una cosa ajena), convirtiéndose con su reconocimiento del "injusto sin culpabilidad" en un precursor de la separación de ambas categorías también en Derecho penal (para el cual, sin embargo, él mismo siguió manteniendo la unidad de injusto y culpabilidad). El siguiente paso lo dio la "teoría de los imperativos" de Thon [124]. Para Thon todo el Derecho "no es sino un conjunto de imperativos", pero en su opinión esos imperativos se dirigen también a los inimputables (puesto que sus acciones también desencadenan consecuencias jurídicas), con lo que Thon llega, igual que Jhering, al reconocimiento de un injusto sin culpabilidad. Sin embargo, esa teoría objetiva del injusto pronto se vio nuevamente puesta en tela de juicio cuando Hold v. Ferneck [125] unió la teoría de los imperativos con el punto de partida de Merkel y renovó la tesis de que los mandatos del Derecho sólo se pueden dirigir a imputables: si la imputabilidad consiste en la determinabilidad normal por motivos, los imperativos no podrían tener como destinatario a alguien que no sea determinable por los mismos y que no se pueda regir por ellos. De ese modo Hold volvió a la completa identidad de injusto y culpabilidad [126].

---

[121] Buenas informaciones sintéticas nos las proporcionan Mezger, GerS 89 (1924), 205; Lampe, 1967, 13 ss.; Zielinski, 1973, 17 ss.
[122] Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, t. I, 1867.
[123] Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867.
[124] Desarrollada en su escrito "Rechtsnorm und subjektives Recht", 1878.
[125] Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, t. I, 1903; t. II, 1905.
[126] Tb. Kohlrausch, 1903, contemplaba sólo al imputable como destinatario idóneo de la norma; Graf zu Dohna, 1905, consideraba los fines subjetivos del agente como decisivos para la determinación del injusto objetivo.

92 Sólo posteriormente Nagler, Goldschmidt y Mezger contribuyeron a que la concepción objetiva del injusto se impusiera durante algunas décadas. Nagler [127] combatió la teoría de los imperativos y entendía el Derecho, partiendo primariamente de su función ordenadora, como orden objetivo de la vida social y regulación externa de la convivencia humana, cuya perturbación da lugar al juicio de antijuridicidad, prescindiendo con ello de todo lo subjetivo y reconociendo incluso a los fenómenos naturales como desencadenantes de estados antijurídicos. Por su parte, Goldschmidt [128] volvió a defender la teoría de los imperativos, pero desde esa base llegó a una estricta separación de injusto y culpabilidad, al interpretar el injusto como infracción contra la "norma jurídica", y en cambio la culpabilidad como vulneración de una "norma de deber" independiente de aquélla. "Mientras que la norma jurídica prohíbe o en su caso exige el resultado y fundamenta así el injusto objetivo, la denominada norma de deber ordena una motivación legal y fundamenta así la culpabilidad" [129]. Finalmente, Mezger [130] contemplaba el injusto como una norma de valoración objetiva sin destinatario y sólo de ella derivaba la norma subjetiva de determinación, en la que se basa la culpabilidad y dirigida al concreto sujeto sometido al Derecho.

93 Todas estas teorías están superadas en la medida en que tienen como objeto la separabilidad de injusto y culpabilidad, que hoy se considera algo totalmente seguro y que está reconocido incluso por el legislador; pero no son obsoletas, en la medida en que se ocupan de la cuestión de un injusto referido al autor, que ha vuelto a ser acogida por la teoría personal del injusto y no ha perdido un ápice de actualidad. La concepción actualmente dominante, a diferencia de lo que sostenía Mezger, considera ya la norma en la que se basa el injusto como imperativo, como **norma de determinación,** que se dirige a la voluntad humana y le dice al individuo lo que debe hacer y dejar de hacer; pero pese a ello —a diferencia de la vieja teoría subjetiva de la antijuridicidad— separa injusto y culpabilidad, aceptando que la norma de determinación se dirige por igual a capaces e incapaces de culpabilidad (niños, jóvenes, enfermos mentales), y que por lo demás tampoco tiene por qué ser conocida por el individuo, sino que sólo es preciso que sea objetivamente reconocible (con lo que el error de prohibición no es un problema de injusto, sino de culpabilidad). La justificación de esta concepción estriba en que también los inimputables se pueden motivar por regla general por la norma jurídica (p.ej. incluso a los niños se les dan constantemente órdenes, que la mayoría de las veces obedecen), y en que una infracción de aquélla por los inimputables acarreará, no una pena,

[127] Nagler, Binding-FS, t. II, 1911, 273 ss.
[128] Goldschmidt, ÖstZStr 1913, 129 ss., 224 ss.
[129] Así resume Zielinski, 1973, 22, la concepción de Goldschmidt.
[130] En su estudio en GerS 89 (1924), 207; además en StrafR, ^{3}1949, 162 ss. [= Tratado I, 1946, 327 ss.; N. del T.].

pero sí otras consecuencias jurídicopenalmente relevantes (imposición de una medida de seguridad, derecho a la legítima defensa del agredido). Junto a esto, la concepción hoy dominante pone también en la base del injusto una **norma de valoración,** en cuanto que la realización antijurídica del tipo se desaprueba por el Derecho como algo que no debe ser [131]. Según esto, mientras que la infracción contra la norma de determinación fundamenta el desvalor de la acción y se agota en el mismo, la norma de valoración también abarca adicionalmente el resultado, de tal modo que el delito consumado supone un injusto más grave que la mera tentativa.

Frente a esto, una orientación reciente [132], invirtiendo exactamente las po- 94
siciones de las antiguas teorías orientadas al resultado, pretende basar el injusto penal y con ello también el tipo exclusivamente en el desvalor de la acción y negar al desvalor del resultado un significado autónomo para la fundamentación del injusto. Para ello se basa sobre todo en dos argumentos. El primero consiste en que sólo las acciones, pero no los resultados pueden ser objeto de prohibición. Si p.ej. el ordenamiento jurídico quiere impedir que se mate a personas, ello sólo es posible prohibiendo formas de conducta que (en los delitos dolosos) estén dirigidas a causar la muerte de un ser humano o que (en los delitos imprudentes) sean peligrosas para la vida humana; pero el resultado está fuera de la prohibición y por tanto también fuera del tipo y del injusto. Y la segunda razón por la que el resultado ha de ser irrelevante para el injusto es porque su producción o no producción depende ampliamente del azar. Así p.ej., si dos personas disparan con ánimo homicida a un tercero y una de las balas le alcanza mortalmente, mientras que la otra no acierta a dar a la víctima, según esta teoría ambos han realizado el mismo injusto y *han incurrido en la misma culpabilidad.*

Políticocriminalmente tal concepción del injusto, si se la pone en práctica 95
consecuentemente, obliga a sacar consecuencias bastante fuertes: habría que equiparar (en contra de lo dispuesto en el § 23) en punición el hecho consumado y el intentado (o por lo menos la tentativa acabada, en la que el autor ha concluido su acción); y en la imprudencia no se podría hacer depender la

---

[131] Cfr. sobre ello las exposiciones, coincidentes en lo sustancial, de Blei, AT[17], 1977, § 30 II; Bockelmann/Volk, AT[4], § 9 III; Engisch, [8]1983, 27 s.; Gallas, Bockelmann-FS, 1979, 158; Jescheck, AT[4], § 24 II; LK[11]-Jescheck, antes del § 13, nm. 43; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 13, nm. 49. Kratzsch, 1985, 186, 389, vuelve incluso a situar esa función en el punto central cuando califica el injusto como "mal estado" que debe impedirse y quiere incluir todos los factores relevantes para ese estado en el juicio de injusto; no obstante, lo que le importa a Kratzsch es delimitar con exactitud los factores imputables al autor, sin pretender regresar a una teoría objetiva del injusto (cfr. pp. 91 ss., 118 ss.).

[132] Su principal y más aguda obra la constituye el trabajo de Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973. Además: Horn, 1973, 78 ss.; Lüderssen, ZStW 85 (1973), 292; idem, Bockelmann-FS, 1979, 186 ss.; Arm. Kaufmann, Welzel-FS, 1974, 410 s.; Dornseifer, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 427 ss.; similar tb. Schmidhäuser, LB AT[2], 8/28 ss.; idem, StuB AT[2], 5/24 ss. Una valoración global crítica y de rechazo en Mylonopoulos, 1981.

punibilidad de la producción del resultado, sino que tendría que vincularse a la mera infracción del cuidado debido (aunque ésta *in concreto* no dé lugar a una lesión de bienes jurídicos). Por supuesto que los defensores de esta teoría no discuten que el Derecho vigente atribuye a la producción del resultado un significado esencial para la punibilidad tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes, ya que hace depender en gran medida la necesidad de pena de la concurrencia de la lesión de un bien jurídico; pero entonces esos factores que el legislador considera relevantes para la necesidad de pena caen en todo caso fuera del tipo y del injusto, y pueden considerarse como condiciones objetivas de punibilidad o como presupuestos de perseguibilidad.

96 Sin embargo, hay que rechazar tal eliminación del resultado del injusto [133]. La frase de que sólo se pueden prohibir acciones y no resultados sólo es correcta en cuanto que los resultados no se pueden prohibir independientemente de las acciones humanas y tampoco como consecuencias solamente casuales e incalculables de aquéllas, pues no tiene sentido querer prohibir fenómenos naturales o acontecimientos inevitables. Por tanto, en Derecho penal no hay injusto del resultado sin injusto de la acción; pero perfectamente se puede prohibir resultados que supongan realizaciones planificadas de acciones punibles o la consecuencia adecuada de infracciones del cuidado debido.

97 Si A dispara premeditamente una bala a la cabeza de B, habrá que considerar el resultado de muerte como componente incluso de la acción de matar y con ella como objeto de la prohibición de matar. Y si la bala de A se desvía lateralmente, entonces no hay una acción de matar, sino sólo una acción de tentativa de matar. Así pues, una acción de matar se compone de desvalor de acción y desvalor de resultado, para lo que ambos han de guardar entre sí una relación que se caracterizará con más precisión mediante la teoría de la imputación. La acción típica, en cuanto unidad de factores internos y externos (incluyendo el resultado), es el objeto de la norma de determinación y de valoración en la que se basa el injusto [134]. Es cierto que el legislador puede tomar igualmente una acción de tentativa de matar como objeto de una prohibición, pero dicha acción realiza un injusto distinto del de una acción típica

---

[133] Rechazándola tb. Jakobs, 1972, 120 ss.; Schünemann, Schaffstein-FS, 1975, 159 ss.; Stratenwerth, Schaffstein-FS, 1975, 177 ss.; Gallas, Bockelmann-FS, 1979, 155 ss.; Paeffgen, 1979, 103 ss.; Wolter, 1981, 24 ss.; Mylonopoulos, 1981. Asimismo la literatura de comentarios y manuales rechaza en su totalidad esa nueva concepción; cfr. sólo Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 13, nm. 59; Lackner[20], antes del § 13, nm. 21; Jescheck, AT[4], § 24 III 2; LK[11]-Jescheck, antes del § 13, nm. 44; Jakobs, AT[2], 6/69 ss.

[134] En tanto en cuanto, discrepo tb. de la mayoría de quienes se oponen a la teoría subjetiva extrema del injusto, que aparentemente sólo consideran el desvalor de la acción como objeto de la norma de determinación y ulteriormente extienden sólo la norma de valoración al desvalor del resultado. A favor de la necesidad de separar acción y resultado en los últimos tiempos sobre todo Gallas, Bockelmann-FS, 1979, 155 ss.; en contra correctamente Hirsch, ZStW 94 (1982), 247 ss.

de homicidio, y por ello el legislador también es completamente libre para determinar de modo distinto su punibilidad y castigarla atenuadamente, ya que la perturbación de la paz jurídica es sustancialmente menor cuando falta el resultado típico y al final no ha "pasado nada".

Tampoco es correcta la suposición de que sólo hay que basar el injusto en la intención (o, respectivamente, en la creación de un riesgo no permitido) del agente, porque la producción del resultado depende del azar. Por el contrario, de antemano (en detalle al respecto *infra* §§ 11 y 12) sólo se imputan los resultados en los que la concreta lesión del bien jurídico se presenta como obra del autor. La finalidad de la teoría de la imputación consiste precisamente en excluir resultados que no "pertenecen" a la acción (o sea, causaciones del resultado por casualidad); el resultado es la pieza nuclear, en absoluto casual, sino precisamente necesaria, del injusto, en cuanto que en el mismo, si es imputable, se manifiesta con todo su sentido el desvalor de la acción. Así como no existe una acción de allanamiento de morada sin un resultado en el mundo externo de perturbación objetiva de la paz de la morada, así tampoco hay una acción de homicidio sin un resultado de muerte imputable; la distancia espacio-temporal entre el acto de la acción y la consecuencia imputable no puede afectar a la unidad jurídica de acción y resultado que nos proporciona la imputación [135]. Dado que los resultados producidos casualmente nunca son típicos, tampoco puede ser casual la producción del resultado, sino a lo sumo su no producción, p.ej. si un plan fracasa por una circunstancia imprevista. Y en algunos casos la no producción del resultado ni siquiera será casual, sino que tendrá su causa en una menor energía criminal del autor; pero incluso cuando no sea así, el contenido objetivo de merecimiento de pena que se expresa en la tentativa será bastante inferior debido al efecto de menor conmoción jurídica de ese acontecimiento. 98

La separación de acción y resultado y la expulsión del resultado fuera del injusto también es imposible porque el injusto penal no puede existir en ninguna de sus manifestaciones sin un resultado externo. La tentativa también presupone un resultado (el comienzo de la ejecución, pues de lo contrario no es una acción de tentativa, sino a lo sumo un acto preparatorio), y ese resultado puede no producirse por casualidad exactamente igual que el resultado final, como si p.ej., debido a circunstancias imprevistas el hecho no pasa de la fase preparatoria. Ahora bien, si no se tiene ningún reparo en convertir la producción del resultado intermedio (el de la tentativa) en presupuesto del injusto, 99

[135] Hirsch, ZStW 94 (1982), 247, parte asimismo acertadamente de la necesidad de "concebir el resultado abarcado por la voluntad como componente de la acción" en los delitos dolosos, pero desde su punto de vista finalista de subrayar la "voluntad" opina que en los delitos imprudentes el resultado "no pertenece a la acción y por tanto tampoco directamente al desvalor de la acción" (p. 251): pese a todo —y de modo correcto en cuanto a la conclusión— también quiere imputar en ese caso el resultado, como "realización del riesgo específico del injusto de la acción", al tipo.

sin molestarse por el hecho de que también podría no alcanzarse por casualidad el estadio de la tentativa, entonces no se ve por qué la situación ha de ser distinta en el resultado final (el de la consumación)[136]. Si se lleva a sus últimas consecuencias, una teoría que, prescindiendo de todo "resultado" externo, quisiera basar el injusto exclusivamente en el desvalor subjetivo de la intención, no sólo tendría que elevar el caso límite de la tentativa imposible a prototipo de injusto, sino que incluso, y dado que la propia tentativa imposible (a diferencia de la supersticiosa) aún implica un "resultado" jurídicopenalmente relevante, tendría que ver injusto penal ya en la resolución de actuar en contra de la norma; sin embargo, ello acabaría desembocando en un Derecho penal de la actitud interna.

100 Pero sobre todo, conforme a los criterios valorativos políticocriminales que dominan el tipo, también es equivocado sustraerle el desvalor del resultado, pues el juicio abstracto de necesidad de pena, que es lo que aquí importa (cfr. § 7, nm. 54), se ve sustancialmente influido por la producción o no producción del resultado. El hecho de que un descuido no tenga consecuencias o por el contrario provoque un grave accidente, ciertamente no afecta a la culpabilidad del autor, pero la necesidad preventiva de punición, que también hay que tener en cuenta ya en la interpretación del tipo (§ 7, nm. 55), depende esencialmente del resultado. Si no ha "pasado nada", falta en muchos casos la perturbación de la paz jurídica, o la misma es tan escasa que se puede renunciar a una reacción jurídico-criminal. Sólo en ámbitos de la vida especialmente peligrosos, como la circulación rodada y en general en el ámbito de los delitos de peligro común (§§ 306 ss.), la situación es diferente, de modo que en ellos efectivamente encontramos numerosos delitos de peligro, que según la medida de las necesidades preventivas atienden a peligros abstractos o concretos. Pues bien, es equivocada una concepción del tipo que elimina todas esas diferenciaciones.

101 En el desvalor de la acción, junto al dolo, se incluyen también sin discusión los elementos subjetivos del tipo. En cambio, es discutido si pertenecen a aquél el modo y forma de ejecución que requieren muchos tipos (p.ej. el empleo de armas o el asalto con astucia en el § 223 a) y los elementos objetivos de la autoría (p.ej. la cualidad de funcionario en los §§ 331 ss.)[137]. Desde el punto de vista aquí mantenido tampoco hay ningún problema en estos casos, en cuanto que incluso el propio resultado es abarcado por el desvalor de la acción como una unidad de sentido objetivo-subjetiva y que tal concepto de desvalor de la acción también tiene que incluir en su seno los elementos objetivos de la autoría, que coconstituyen la acción (así p.ej. sin la cualidad de funcionario del agente tampoco puede haber una acción de ejercicio del cargo en el sentido de los §§ 331 ss.). Si por el contrario se concibe el desvalor de la acción de los delitos dolosos como desvalor de la intención puramente subjetivo, los elementos objetivos relativos a la comisión del hecho y a la autoría han de quedar fuera del mismo; y entonces es una cuestión de definición decidir si se adscribe tales elementos al desvalor del resultado o a una tercera categoría de "desvalor" autónoma.

---

[136] Cfr. al respecto espec. Paeffgen, 1979, 103-131; idem, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 413 ss.
[137] Cfr. sobre ello en detalle Gallas, Bockelmann-FS, 1979, 155 ss.

VIII. Clases de tipos

La siguiente recopilación renuncia a documentar la bibliografía sobre los delitos de peligro, dado que la misma se expone en un índice bibliográfico propio del apartado "Delitos de peligro" del § 11 (§ 11, antes del nm. 113).

Bibliografía: Kollmann, Die Lehre vom versari in re illicita in Rahmen des Corpus iuris canonici, ZStW 35 (1914), 46; Engelsing, Eigenhändige Delikte, Str. Abh. 212, 1926; E. Wolf, Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, 1931; Nagler, Das Verhältnis des eigenständigen Verbrechens zur Verbrechensqualifikation, ZAkDR 1940, 365; Maurach, Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda, MatStrRef. I, 1954, 249; Oehler, Das erfolgsqualifizierte Delikt und die Teilnahme and ihm, GA 1954, 33; Schröder, Gesetzliche und richterliche Strafzumessung, Mezger-FS, 1954, 415; Ziege, Die Bedeutung des § 56 StGB für Anstiftung und Beihilfe, NJW 1954, 179; Schneider, Zur Anwendung des § 56 StGB, JZ 1956, 750; Schröder, Konkurrenzprobleme bei den erfolgsqualifizierten Delikten, NJW 1956, 1737; Oehler, Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt, ZStW 69 (1957), 503; Baumann, Kritische Gedanken zur Beseitigung der erfolgsqualifizierten Delikte, ZStW 70 (1958), 227; Jescheck, Erfolsdelikte, NiedStrKomm. 2, 1958, 246; Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1961 ([2]1976); Schröder, Eigenhändige und Sonderdelikte bei Fahrlässigkeitstatbeständen, v. Weber-FS, 1963, 233; Seebald, Teilnahme am erfolgsqualifizierten und am fahrlässigen Delikt, GA 1964, 161; Dreher, Die erschwerenden Umstände im Strafrecht, ZStW 77 (1965), 220; Hardwig, Betrachtungen zum erfolgsqualifizierten Delikt, GA 1965, 97; Fuchs, Erfolgsqualifiziertes Delikt und fahrlässig herbeigeführter Todeserfolg, NJW 1966, 868; Ulsenheimer, Zur Problematik des Versuchs erfolgsqualifizierter Delikte, GA 1966, 257; Widmann, Zur Bestrafung wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Tötung bei gleichzeitigem Vorliegen eines sogenannten erfolgsqualifizierten Delikts, MDR 1966, 554; Hruschka, Konkurrenzfragen bei den sog. erfolgsqualifizierten Delikten, GA 1967, 42; Müller-Dietz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967; Hruschka, Die Dogmatik der Dauerstraftaten und das Problem der Tatbeendigung, GA 1968, 193; Moos, Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert, 1968; Schröder, Die Unternehmensdelikte, Kern-FS, 1968, 457; Furtner, Der "schwere", "besonders schwere" und "minderschwere" Fall im Strafrecht, JR 1969, 11; Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; Wahle, Zur strafrechtlichen Problematik "besonders schwerer Fälle", erläutert am Beispiel der Verkehrsunfallflucht, GA 1969, 161; Herzberg, Eigenhändige Delikte, ZStW 82 (1970), 896; Krey/Schneider, Die eigentliche Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination nach geltendem und künftigem Recht, NJW 1970, 640; Burkhardt, Das Unternehmensdelikt und seine Grenzen, JZ 1971, 352; Arzt, Die Neufassung der Diebstahlsbestimmungen, JuS 1972, 385, 515, 576; Blei, Die Regelbeispieltechnik der schweren Fälle in §§ 243, 244 n. F. StGB, Heinitz-FS, 1972, 419; Hirsch, Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts, GA 1972, 65; Langer, Das Sonderverbrechen, 1972; Wessels, Zur Problematik der Regelbeispiele für "schwere" und "besonders schwere Fälle", Maurach-FS, 1972, 295; Haffke, Delictum sui generis und Begriffsjurisprudenz, JuS 1973, 402; Maiwald, Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele, Gallas-FS, 1973, 137; Schubarth, Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte, ZStW 85 (1973), 754; Geilen, Unmittelbarkeit und Erfolgsqualifizierung, Welzel-FS, 1974, 655; V. Hassemer, Delictum sui generis, 1974; Maiwald, Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte, GA 1974, 257; Calliess, Die Rechtsnatur der "besonders schweren Fälle" und Regelbeispiele im Strafrecht, JZ 1975, 112; Fincke, Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts, 1975; Roeder, Der Unbegriff des "extranen" Täters und der "eigenhändigen" Delikte, JBl 1975, 561; Backmann, Gefahr als "besondere Folge der Tat" i. S. d. erfolgsqualifizierten Delikte?, MDR 1976, 969; Gössel, Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nach § 18 StGB, Lange-FS, 1976, 219; Küper, Gefährdung als Erfolgsqualifikation?, NJW 1976, 543; Meyer-Gerhards, Subjektive Gefahrmomente, "Schuldform" der Regelbeispiele und Begriff der "besonderen Folge" (§ 18 StGB), JuS 1976, 228; Tenckhoff, Die leichtfertige Herbeiführung qualifizierter Tatfolgen, ZStW 88 (1976), 897; Bindokat, Versari in re illicita und Erfolgszurechnung, JZ 1977, 549; Rehberg, Fremdhändige Täterschaft bei Verkehrsdelikten?, Schultz-FS, 1977, 72; Auerbach, Die eigenhändigen Delikte unter besonderer Berücksichti-

gung der Sexualdelikte des 4. StrRG, 1978; Cortes Rosa, Teilnahme am unechten Sonderverbrechen, ZStW 90 (1978), 413; Haft, Eigenhändige Delikte, JA 1979, 651; Lüdeking-Kupzok, Der erfolgsqualifizierte Versuch, tes. doct. no impresa, Göttingen, 1979; Schall, Auslegungsfragen des § 179 StGB und das Problem der eigenhändigen Delikte, JuS 1979, 104; Ulsenheimer, Zur Problematik des Rücktritts vom Versuch erfolgsqualifizierter Delikte, Bockelmann-FS, 1979, 405; Lorenzen, Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte, 1981; Wolter, Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte, JuS 1981, 168; Küpper, Der unmittelbare Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, 1982; Timpe, Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983; Díez Ripollés, Die durch eine fahrlässig herbeigeführte schwere Tatfolge qualifizierten Delikte und das Schuldprinzip, ZStW 96 (1984), 1059; Maiwald, Zurechnungsprobleme im Rahmen erfolgsqualifizierter Delikte, JuS 1984, 439; Maiwald, Zur Problematik der "besonders schweren Fälle" etc., NStZ 1984, 433; Wolter, Der "unmittelbare" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, GA 1984, 443; Burgstaller, Erfolgsqualifizierung bei nachträglichem Fehlverhalten etc., Jescheck-FS, 1985, 357; Hirsch, Der "unmittelbare" Zusammenhang zwischen Tatbestand und schwerer Folge etc., Oehler-FS, 1985, 111; Jescheck (ed.), Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte, ZStW-Beiheft Göttingen, 1986; Rengier, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986; Rengier, Opfer- und Drittverhalten als zurechnungsausschließende Faktoren bei § 226 StGB, Jura 1986, 143; Montenbruck, Zur Aufgabe der besonders schweren Fälle, NStZ 1987, 311; Wessels, Die Indizwirkung der Regelbeispiele für besonders schwere Fälle einer Straftat, Lackner-FS, 1987, 423; Paeffgen, Die erfolgsqualifizierten Delikte - eine in die allgemeine Unrechtslehre integrierbare Deliktsgruppe?, JZ 1989, 220; Lund, Mehraktige Delikte, 1993.

1. Delitos de resultado y de actividad

102 Por **delitos de resultado** se entiende aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor. Un delito de resultado es p.ej. el homicidio: entre la acción (v.gr. disparar el revólver) y el resultado (muerte de la víctima) hay una distancia temporal y espacial. Pero también son delitos de resultado la estafa (§ 263), en la que el perjuicio patrimonial es subsiguiente al engaño, e incluso las injurias (§ 185) o la provocación de escándalo público (§ 183 a), en los cuales el conocimiento por parte de un tercero es un proceso autónomo frente a la acción del autor, pero necesario para que se cumpla el tipo.

103 En cambio, son **delitos de mera actividad** aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella. Así sucede en el allanamiento de morada (§ 123), en el que el tipo se cumple con la intromisión, en el falso testimonio (§ 154), que no requiere un resultado que vaya más allá del juramento en falso, o también en las acciones sexuales (§§ 173, 174, 176), que llevan en sí mismas su desvalor y cuya punibilidad no presupone ningún resultado ulterior. El significado práctico de la distinción consiste sobre todo en que la teoría de la relación causal, que en los delitos comisivos tiene gran importancia para la imputación al tipo objetivo (cfr. § 11, nm. 3 ss.), sólo desempeña un papel en los delitos de resultado. Es decir, que en los delitos de mera actividad, para comprobar la consumacion del hecho, sólo es preciso examinar la concurren-

cia de la propia acción del autor; y en ellos también coincide la tentativa acabada (o sea, el momento en el que el autor ha hecho todo lo necesario para provocar el resultado) con la consumacion del delito.

No obstante, la distinción sólo puede utilizarse en el sentido indicado, pues de lo contrario 104
da lugar a malentendidos. En efecto, por una parte todo delito tiene un resultado; en los casos de mera actividad el resultado radica en la propia acción del autor, que se presenta como realizacion del tipo (cfr. nm. 88). Por otra parte, también en los delitos de resultado habrá que considerar el resultado en el sentido de la teoría de la imputación como abarcado por la acción típica (cfr. nm. 96 s.), de modo que su separación sólo tiene una importancia relativa. Además hay que tener claro que no todos los tipos se pueden encuadrar claramente en los delitos de resultado o de actividad, sino que a veces hay que distinguir caso por caso: así las lesiones (§ 223) son un delito de mera actividad si consisten en una bofetada, pero son un delito de resultado si se producen lanzando una piedra.

2. Delitos permanentes y de estado

Delitos permanentes son aquellos hechos en los que el delito no está 105
concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo. P.ej., un delito permanente es el allanamiento de morada (§ 123): con la intromisión del autor ya se da un hecho consumado, pero dura tanto tiempo como el sujeto se mantiene dentro del ámbito protegido. Lo mismo ocurre en la detención ilegal (§ 239), que sigue siendo actual hasta que el autor pone en libertad a la víctima o ésta es liberada, o en la conducción en estado de embriaguez (§ 316), que ya es punible como delito consumado con el comienzo del viaje, pero pese a ello no concluye mientras dura la conducción bajo influencia de bebidas. Los delitos permanentes son en su mayoría delitos de mera actividad, pero también pueden ser delitos de resultado en caso de que un determinado resultado constantemente vuelva a realizarse de nuevo al mantenerse el estado antijurídico; así p.ej. la sent. BGHSt 22, 67 (71) ha calificado la puesta en peligro de la seguridad del tráfico viario del § 315 c I, n.° 1 a, como delito permanente si el resultado típico de peligro se repite constantemente por la conducción en estado de incapacidad para conducir.

En cambio, se denominan **delitos de estado** los hechos que están conclui- 106
dos con la provocación de un determinado estado (por regla general el resultado en el sentido de los delitos de resultado), y por tanto no son susceptibles de mantenimiento por el autor, ni lo necesitan. Ejemplos clásicos son los delitos de homicidio (§§ 211 ss.), pero también las lesiones (§§ 223 ss.) y los daños (§ 303). Entre los delitos de estado habrá que incluir también tipos como la bigamia (§ 171) o la falsificación del estado civil (§ 169); aunque en los mismos el autor sigue aprovechándose del estado creado por su hecho, ello no supone contraer con constante reiteración un matrimonio bígamo, y en la mayoría de los casos tampoco una repetición de la falsificación ya consumada del estado civil.

107 La distinción tiene importancia práctica en primer término para la autoría y participación y para la teoría del concurso de distintas acciones punibles. En los delitos permanentes, incluso tras la consumación siguen siendo posibles la coautoría (§ 25) y la cooperación o complicidad (§ 27) durante toda su duración, como p.ej. si alguien participa posteriormente en la privación de libertad. En cambio, en los delitos de estado tras la consumación por regla general sólo caben el favorecimiento (§ 257) y el encubrimiento (§ 258) como delitos conexos. Aparte de esto, se plantean especiales problemas para la teoría de la concurrencia de acciones punibles cuando coinciden en el tiempo delitos permanentes y de estado, como p.ej. si el autor comete durante el allanamiento de morada o la detencion ilegal unas lesiones o un homicidio (sobre la teoría del concurso cfr. en detalles el tomo II).

3. Delitos cualificados por el resultado

a) Regulación y valoración político-jurídica

108 Los delitos cualificados por el resultado son delitos dolosos sometidos a un marco penal especial, cuya comisión trae consigo un ulterior resultado más grave. Un clásico ejemplo lo ofrece el § 226 I: "Si con las lesiones se hubiere causado la muerte del lesionado, se impondrá una pena de prisión no inferior a tres años". Según el § 18, el resultado más grave ha de ser provocado "al menos por imprudencia", de modo que por tanto el § 226 se compone de unas lesiones dolosas y un homicidio imprudente. La razón del legislador para crear tal combinación de dolo e imprudencia estriba en el marco penal, que es bastante más duro que el de los §§ 223, 223 a y 222. Y esa elevación del marco penal se basa a su vez en que el injusto del § 226 está sustancialmente incrementado en comparación con el de los tipos individuales combinados en el mismo, puesto que el homicidio imprudente se basa en un delito doloso que albergaba de antemano en su seno el riesgo de un resultado mortal.

109 Múltiples delitos cualificados por el resultado son combinaciones dolo-imprudencia: así los §§ 221 III, 224, 226, 229 II, 239 II y III, 307 n.º 1, 309, 312, 314, 318 II, 319, 320 ó 340 II. Pero de modo cada vez más frecuente el legislador ha pasado a vincular la provocación del resultado grave a una forma aumentada de imprudencia, la temeridad: §§ 176 IV, 177 III, 178 III, 239 a III, 251 ó 316 c II, entendiéndose por temeridad en la mayoría de los casos la imprudencia burda [138]. Ya el término "al menos" en el § 18 alude a esas combinaciones de dolo-temeridad; pero también pueden presentarse incluso combinaciones dolo-dolo como delitos cualificados por el resultado. Así ocurre en el § 224, en el que es subsumible no sólo la provocación imprudente del daño corporal grave, sino también la simplemente dolosa, al menos la realizada

[138] La temeridad será discutida en detalle en conexión con la imprudencia; cfr. *infra* § 24, nm. 74 ss.

con dolo eventual; pues, dado que la provocación intencional (o sea, pretendida) de la consecuencia grave, es punible de modo cualificado por el § 225, pero la producción imprudente también es punible de modo cualificado por el § 224, sería discordante con ello castigar sólo por los §§ 223 ó 223 a la causación de una lesión grave no pretendida directamente, pero que sí encaje en otra forma de dolo.

Desde el punto de vista de política jurídica son discutidos los delitos cua- **110**
lificados por el resultado. Los críticos, que abogan por su supresión, critican sobre todo los marcos penales excesivamente "elevados", que en parte se consideran vulneradores del principio de culpabilidad o del principio de igualdad y por tanto inconstitucionales; y parten de la base de que con ayuda de las reglas del concurso (§§ 52 ss.) se puede tener en cuenta perfectamente el contenido de desvalor de tales hechos [139]. Esta crítica es en parte justificada [140]: Así p.ej. en los delitos cualificados por el resultado de muerte, la imposición de la pena de prisión perpetua prevista para los mismos sería inconstitucional en una causación de muerte simplemente imprudente (teóricamente posible según los §§ 229 II, 307 n.º 1, 312 ó 319), puesto que una pena perpetua para un homicidio al fin y al cabo sólo normalmente imprudente no guardaría proporción con el contenido de culpabilidad del hecho y, al tratar por igual magnitudes de culpabilidad muy diferentes, también vulneraría el principio de igualdad. En estos casos una interpretación conforme a la Constitución requiere considerar la pena de prisión perpetua aplicable sólo a los casos de temeridad más grave y rayana con el dolo. También son contrarias al principio de culpabilidad las penas de un mínimo de 10 años que prevén los §§ 229 II, 307 n.º 1, 312 y 319 para el homicidio simplemente imprudente, por lo que una interpretación conforme a la Constitución implica que en esos casos hay que exigir como mínimo un homicidio por imprudencia temeraria. Y asimismo vulnera el principio de igualdad el hecho de que según los §§ 212 y 213 un homicidio doloso por medio de veneno se castigue con una pena inferior a la del envenenamiento con resultado de muerte imprudente según el § 229 II, o que el infanticidio doloso mediante abandono o exposición del niño según el § 217 se castigue menos que el infanticidio imprudente mediante abandono o exposición (§ 221 III), por lo que para evitar una vulnearción del art. 3 GG habrá que aplicar por analogía la pena atenuada [141].

Estas objeciones no obligan a una total renuncia a los delitos cualificados **111**
por el resultado, pero sí sugieren una amplia restricción de los mismos a la provocación temeraria del resultado más grave. De ese modo, en los delitos

---

[139] A favor de su supresión últimamente AE BT (Person I), 1970, 45; Schubarth, ZStW 85 (1973), 775; Lorenzen, 1981, 87 s., 164 ss.; Díez Ripollés, ZStW 96 (1984), 1065 ss.
[140] Mantiene una posición discrepante Rengier, 1986, 118 ss.
[141] Rengier, 1986, 139.

cualificados por el resultado de muerte, que son los que están en primer plano, se abarcarían como delitos base dolosos sólo acciones altamente peligrosas para la vida que suponen un grado intermedio entre el homicidio doloso y el simplemente imprudente y justifican un marco penal especial; sin embargo aún serían necesarios algunos ajustes en los marcos penales requeridos por el principio de igualdad.

b) El nexo entre delitos base y resultado

112 Según el tenor literal del § 18 basta que el delito base haya provocado el resultado "al menos por imprudencia". En cambio, el BGH ha exigido en diversas sentencias que además el resultado sea provocado **directa o inmediatamente** por el delito base doloso [142]. Así se rechazó la aplicación del § 226 en un caso en el que una mujer que huía para evitar malos tratos se cayó de un balcón y resultó muerta (BGH NJW 1971, 152 ss.), ya que el § 226 debe "enfrentarse al peligro específico, inherente a las lesiones, de que se produzca el resultado cualificado"; "pero en un desenlace mortal que directamente sólo fue provocado por la intervención de un tercero o por la conducta de la propia víctima, ya no se ha plasmado el peligro peculiar... del tipo base" [143]. Del mismo modo, tampoco se debe aplicar el § 307 n.º 1 si la muerte de la víctima no ha sido causada directamente por el incendio, sino que "ha sido causada por el desplome de un edificio como consecuencia de la explosión de la sustancia inflamable (gasolina) utilizada... por el autor" (BGHSt 20, 230). Y también debe excluirse el robo con resultado de muerte (§ 251) si la víctima no muere directamente por la violencia empleada, sino que se mata al caerse mientras perseguía al ladrón (BGHSt 22, 362).

113 Pero por otra parte el BGH a veces también ha olvidado o incluso rechazado expresamente la exigencia de inmediatez. Así, en el "caso del bienteveo" (BGHSt 31, 96) se castigó por el § 226 a un sujeto que había derribado a la víctima de un asiento elevado o bienteveo que había en el bosque, a pesar de que la víctima salió del trance sólo con una fractura de tobillos no mortal en sí misma y que sólo murió por un posterior tratamiento médico defectuoso [144]. Según BGHSt 33, 322, también se da una toma de rehenes con consecuencia de muerte aunque el rehén no muera por las circunstancias de la detención, sino por las balas de la policía al intentar liberarlo [145]; aquí se resalta expresamente que la inmediatez "no es un criterio..., que proporcione baremos

---

[142] Monografía: Küpper, 1982.

[143] El BGH invoca a Oehler, ZStW 69 (1957), 513, y a Ulsenheimer, GA 1966, 268.

[144] Sobre esta sentencia, Puppe, NStZ 1983, 22; Hirsch, JR 1983, 78; Küpper, JA 1983, 229; Maiwald, JuS 1984, 439.

[145] Cfr. al respecto Küpper y Fischer, NStZ 1986, 117 y 314; Krehl, StrV 1986, 432; Wolter, JR 1986, 465.

idóneos para delimitar la responsabilidad por el resultado del autor en caso de toma de rehenes con consecuencia de muerte..." (loc. cit., 323).

En su tendencia es digna de aprobación la corriente del BGH limitadora 114
de la responsabilidad, pues, teniendo en cuenta que **todo** delito (tb. un hurto p.ej.) puede dar lugar a graves consecuencias atípicas (p.ej. una caída mortal en la persecución), pero que el legislador sólo ha prescrito una cualificación por el resultado en determinados delitos debido a su tendencia general a provocar consecuencias graves, concuerda con la finalidad de la ley aplicar el tipo sólo en caso de resultados que surgen del peligro típico del delito base. Unicamente dichos resultados son abarcados por el fin de protección del delito cualificado por el resultado. Ahora bien, el criterio de la inmediatez, en cuanto afecta a ese nexo del fin de protección, no es un elemento situado junto a la imprudencia, sino un elemento de la imprudencia misma, que también debe tenerse en cuenta con independencia de los delitos cualificados por el resultado (para más detalles § 11, nm. 68 ss., 85 ss.). Y también hay que dar la razón a BGHSt 33, 323, en que el nexo del fin de protección no puede caracterizarse siempre de manera uniforme por la inmediatez, sino que sólo se puede deducir de un análisis del tipo correspondiente; el alcance de la cualificación por el resultado ha de comprobarse "en una valoración diferenciadora... para cada uno de los tipos a considerar".

La doctrina está muy lejos de la unanimidad [146]. Como el fin de protección 115
de los concretos delitos cualificados por el resultado no se puede precisar de modo abstracto mediante elementos determinados en su contenido, sino que sólo se puede averiguar con interpretaciones concretas de los preceptos de la Parte especial, tampoco se puede desarrollar aquí ninguna solución con validez general. Sin embargo, lo que de todos modos se puede decir es que en el caso más importante en la práctica, el del § 226, sólo se debería considerar realizado el tipo si la lesión inferida por el delito base conduce a la muerte (la denominada teoría de la letalidad) [147], ya que el riesgo característico de ese tipo —y no sólo de ése— consiste en que la lesión inferida presenta el rasgo de mortal. Es cierto que no es algo ajeno a la experiencia de la vida el hecho de que alguien que huye ante unas lesiones inminentes se caiga desde lo alto causándose la muerte (BGH NJW 1971, 152 s.), pero eso también puede ocurrir si se huye ante unas coacciones o ante otro delito para el que no esté prevista

---

[146] Cfr. solamente como representativos los recientes trabajos de Geilen, Welzel-FS, 1974, 655; Wolter, JuS 1981, 169; idem, GA 1984, 443; Küpper, 1982; Hirsch, Oehler-FS, 1985, 111; Rengier, 1986, 199 ss.

[147] Así tb. en lo sustancial Geilen, Küpper, Hirsch (todos ellos como en n. 146) y Jakobs, AT^2, 9/35; en cambio, van mucho más lejos, Wolter y Rengier (ambos cits. en n. 146), así como Sch/Sch/Stree^{24}, § 226, nm. 4 s. AK-Paeffgen, § 18, nm. 43 ss., exige de modo general una restricción del tipo por medio del criterio de la temeridad, lo que sin embargo es difícilmente compatible con el tenor literal del § 18 ("al menos por imprudencia").

una cualificación por el resultado, por lo que no es específico del tipo y no debería abarcarse por el § 226 [148]. Lo mismo rige para el caso de muerte durante la persecución (aquí como en el caso del § 251 tratado por BGHSt 22, 362).

116 En cambio, es incorrecta la solución dada al caso del bienteveo (BGHSt 31, 96), porque lo que en el mismo provocó la muerte no fue la peligrosidad de la lesión, sino un tratamiento médico defectuoso. Tampoco puede aprobarse la solución de BGHSt 14, 110, en la que se aplica el § 226 en un caso en que se escapó un disparo mortal de una pistola que sólo iba a utilizarse como instrumento contundente [149], pues el hecho de que se escape imprudentemente un tiro puede también provocar la muerte p.ej. en el caso del § 244 (robo con armas), sin que ello implique una cualificación por el resultado.

117 Sin embargo, otros principios son los indicados en tipos como las detenciones ilegales (§ 239), toma de rehenes (§ 239 b) y delitos similares, pues, como la privación de libertad como tal (a diferencia de unas lesiones graves) no es peligrosa para la vida, el fin de la cualificación por el resultado en esos tipos sólo puede consistir en abarcar el conjunto especialmente arriesgado de todos los "pelos y señales" de las capturas de prisioneros, es decir, los peligros típicos mediatamente resultantes del encierro forzoso; y entre ellos se cuentan, no sólo la muerte provocada p.ej. por empleo de violencia en la detención, por falta de cuidados o por métodos peligrosos de retención de la víctima, sino también incidentes mortales que se puedan producir en los intentos de liberación por la propia víctima o por la policía. Por ello aplica acertadamente el § 239 III la sent. BGHSt 19, 382 (386 s.) en un caso en que una joven detenida en un automóvil muere por saltar del coche en marcha. Y asimismo es digna de aprobación la resolución de BGHSt 33, 322, que afirma la concurrencia de cualificación por el resultado conforme al § 239 b II en el caso de que el disparo del policía para liberar al rehén le da mortalmente, no al captor, sino al propio rehén: "El peligro para la vida del rehén, derivado de esas contramedidas encaminadas a acabar con la situación coactiva, pertenece a los riesgos específicos del tipo que acompañan típicamente a la realización del tipo base" (loc. cit., 324). Y ni siquiera se comprende bien por qué la solución ha de ser distinta (loc. cit., 325) en caso de que un policía mate de un disparo al rehén que iba en el coche que se daba a la fuga porque lo confunde con uno de los asaltantes del Banco; pues ese también es un riesgo unido de modo general a la toma de rehenes [150].

---

[148] En cambio, es perfectamente admisible el castigo por homicidio imprudente del § 222, pues el fin de protección del § 222 va más lejos que el del § 226, que prevé una pena considerablemente superior.

[149] Pero aquí tb. se da naturalmente un homicidio imprudente.

[150] Una cuestión distinta, naturalmente, es la de si concurre la temeridad requerida en los §§ 239 a II y 239 b II.

c) Formas típicas similares

Entre las formas típicas similares hay tres que están emparentadas con los delitos cualificados por el resultado en sentido estricto, de modo que una parte de lo que rige para las genuinas cualificaciones por el resultado puede utilizarse para su interpretación [151]. En primer lugar se trata de "ejemplos-regla cualificados por el resultado", en los que el resultado agravante sólo se somete "por regla general" a un marco penal más duro: §§ 310 b III 2; 311 III; 311 a III 2; 311 e III 2; 330 IV 2 n.° 2. En segundo lugar se encuentran "delitos cualificados por el resultado de peligro", en los que no ya una grave lesión, sino ya el peligro concreto de la misma da lugar a una pena más grave: §§ 316 e.r.c. 315 a I n.° 1, III n.° 1 ó 315 c I n.° 1 a, III n.° 1; 330 I n.° 1, V; 250 I, n.° 3. Y en tercer lugar la ley prevé "ejemplos-regla cualificados por el resultado de peligro", que representan una combinación de la primera y la segunda variante: §§ 113 II 2 n.° 2; 121 III 2 n.° 3; 125 a, inc. 2 n.° 3; 330 IV 2 n.° 1, entre otros. 118

Hay que tener en cuenta que según op. totalmente dom. el § 18 **no** rige para las cualificaciones por el resultado de peligro (BGHSt 26, 180 ss., 244 s.) [152]. El BGH lo fundamenta aduciendo que lingüísticamente un peligro no se puede calificar como "consecuencia" de un hecho (loc. cit., 181). Ello no es totalmente correcto, ya que también un peligro concreto es un resultado (cfr. *infra* § 11, nm. 114 ss.), pero la solución preferida por el BGH se desprende de la historia de la génesis y del contexto de la ley. En la práctica significa que la provocación del peligro agravatorio ha de ser dolosa. 119

Conforme a otras reglas totalmente distintas deben tratarse los tipos en los que un determinado resultado no aumenta, sino que es el que fundamenta la punibilidad (p.ej. la muerte o las lesiones graves en el § 227 o el hecho antijurídico en el § 223 a). En estos casos no es aplicable el § 18 según su tenor literal, por lo que la op. dom. considera la consecuencia grave como condición objetiva de punibilidad no abarcada por la culpabilidad del autor (cfr. sin embargo *infra* § 23, nm. 7 ss.). Y tampoco hay una cualificación por el resultado allí donde la parte dolosa de un hecho aún no es punible de modo autónomo, sino que sólo resulta punible en combinación con un resultado imprudente (p.ej. § 315 c III n.° 1). 120

d) Sobre su historia [153]

Históricamente, los delitos cualificados por el resultado proceden de la teoría, elaborada en Derecho canónico, del llamado *versari in re illicita* (= encontrarse dentro de un asunto ilícito), conforme a la cual cualquier persona responderá, aunque no tenga culpa, de todas las consecuencias que se deriven de su acción prohibida. Por eso, los delitos cualificados por el resultado contenidos en el StGB originariamente sólo presuponen que el delito base prohibido haya sido causal respecto del resultado, sin que éste tenga que ser debido a culpa alguna. Esa infracción del principio de culpabilidad, que la doctrina intentó atenuar o eliminar mediante especiales construcciones sobre la imputación, no fue suprimida hasta la 3.ª StrÄG de 4-8-1953, que introdujo la actual regulación del § 18. No obstante, tampoco se ha logrado de ese modo eliminar todos los reparos desde la perspectiva constitucional (cfr. nm. 110 s.). 121

4. Delitos de lesión y delitos de peligro

Según que el objeto de la acción del tipo deba ser dañado o sólo puesto en peligro en su integridad, se distingue entre delitos de lesión y de peligro. En 122

[151] Para más detalles Rengier, 1986, 1-4, 268 ss.

[152] Para más detalles Backmann, MDR 1976, 969; Küpper, NJW 1976, 543; Meyer-Gerhards, JuS 1976, 231; de otra opinión, en cambio, Dreher/Tröndle[46], § 18, nm. 2; Gössel, Lange-FS, 1976, 221.

[153] Una exposición histórica desde 1794 en Rengier, 1986, 11-71, quien en p. 11, n. 1, tb. documenta la restante bibliografía histórica que se remonta más atrás.

los **delitos de lesión,** que constituyen la mayor parte de los tipos, el objeto de la acción ha de ser realmente dañado para que haya un hecho consumado; así sucede en los delitos de homicidio (§§ 211 ss.), en los delitos de lesiones (§§ 223 ss.), en los daños (§ 303), etc. En cambio, en los **delitos de peligro** el hecho sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción. Entre los mismos la división más importante es la de **delitos de peligro concreto y abstracto.**

123 En los delitos de peligro concreto (para más detalles § 11, nm. 114 ss.) la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual, o sea que, si no se produce el resultado, sea sólo por casualidad. El ejemplo más importante lo constituye la puesta en peligro del tráfico rodado (§ 315 c), que requiere que el autor "ponga en peligro la vida o integridad de otra persona o cosas ajenas de valor considerable"; otros casos son p.ej. el § 221, en el que según op. dom. es precisa la puesta en peligro de la vida, o los §§ 310 a y 311 ss. En cambio, en los delitos de peligro abstracto (para más detalles § 11, nm. 119 ss.) la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro. Los ejemplos clásicos los proporcionan el § 306 (incendio grave) y el § 316 (conducción en estado de embriaguez), pero también pertenecen a esta clase de delitos los §§ 326-328, 329 I y los "delitos de aptitud" de los §§ 186 s. y 229. Junto a éstos hay formas mixtas, de transición y otras subdivisiones. En cuanto a la cuestión de los criterios conforme a los cuales hay que determinar el peligro requerido en cada caso, con la creciente importancia de los delitos de peligro ha llegado a ser tan controvertida en la discusión de los últimos tiempos que precisa un tratamiento separado en el marco de la imputación (cfr. § 11, nm. 113 ss.).

5. Tipos de emprendimiento

124 Mientras que la consumación y la tentativa (§§ 22 ss.) son tratadas en múltiples aspectos de modo diferente por el legislador, en el caso de los delitos de emprendimiento se trata de tipos que equiparan tentativa y consumación (§ 11 I n.º 6). Como ejemplos cabe citar, entre otros, los §§ 81, 82, 184 I n.º 4, 310 b, 311 a y 316 a. Su importancia práctica estriba en que en ellos desaparece la atenuación para la tentativa (§ 23 II) y no rige la disposición sobre el efecto eximente del desistimiento voluntario (§ 24); en su lugar, algunas regulaciones específicas admiten en el caso concreto una atenuación o una dispensa de pena para el "arrepentimiento activo" (cfr. §§ 83 a, 311 c y 316 a II). La cuestión de hasta qué punto y en qué tipos pueden trasladarse por lo demás las reglas de la tentativa a los delitos de emprendimiento, es muy polémica y precisa una ulterior discusión en el contexto de la tentativa (tomo II).

6. Delitos simples y compuestos

Los delitos simples protegen sólo un bien jurídico, y los compuestos, varios. **125**
Son delitos simples p.ej. los de homicidio (§§ 211 ss.), lesiones (§§ 223 ss.) y daños (§ 303). Delitos compuestos son, entre otros, el hurto (§ 242), que se dirige contra la propiedad y la custodia, y el robo (§ 249), en el que se añade como tercer bien jurídico la libertad de decisión y actuación de la voluntad. La importancia práctica del concepto consiste en que en los delitos compuestos los diversos bienes jurídicos son de utilidad para la interpretación y en su caso han de ser ponderados comparando su respectiva importancia. Así por ejemplo, para el entendimiento de la acusación y denuncia falsas (§ 164) es decisivo si se concibe el tipo como delito simple, ya se considere como bien jurídico protegido la administración de Justicia estatal ("teoría de la administración de Justicia") o el derecho del acusado a no sufrir molestias ("teoría del bien individual"), o si por el contrario se combina ambos bienes jurídicos y con ello se concibe el § 164 como delito compuesto; y en el segundo caso se produce además el problema de si ambos bienes jurídicos han de ser lesionados cumulativamente o si basta alternativamente la lesión del uno o del otro para la realización del tipo (así la op. dom.).

7. Delitos de un acto y de varios actos [153a]

Los delitos de un acto requieren **una** sola acción en el hecho, los de varios **126**
actos, dos o más. Así p.ej., los daños (§ 303) son un delito de un acto, mientras que el robo (§ 249) constituye un delito de varios actos, pues al primer acto (violencia o intimidación) ha de seguir una sustracción como segundo acto. Igualmente la violación (§ 177) p.ej. es un delito de varios actos (coacción y yacimiento); y una separación especialmente clara entre los diversos actos del hecho se encuentra en el hurto seguido de violencia y equiparado al robo (§ 252).

El grupo especial de los **delitos mutilados de dos actos** y de los **delitos** **127**
cortados de resultado ya se ha discutido en el tipo subjetivo (cfr. nm. 84). Además menciona la doctrina los **tipos mixtos alternativos,** en los cuales varias acciones realizan el tipo, no cumulativa, sino alternativamente; un caso así lo constituyen las lesiones peligrosas (§ 223 a), en cuyo tipo cada una de las cuatro distintas formas de acción realiza por sí sola el delito.

8. Delitos comunes y delitos especiales

Los **delitos comunes** pueden ser cometidos por cualquier persona; y en la **128**
mayoría de los casos comienzan, aunque no necesariamente (¡cfr. § 211!) con el término "quien o el que". Eso no significa que cualquiera tenga que poder

---

[153a] Al respecto, en detalle la monografía de Lund, 1993.

cometer todas las acciones típicas; así p.ej. en la violación de una mujer también puede ser autora otra mujer (¡§ 177: "quien"!), v.gr. si parte de ella la amenaza requerida por el tipo. En cambio, en los **delitos especiales** sólo puede ser autor quien reúna una determinada cualidad ("cualificación de autor"). Por regla absolutamente general esa cualidad consiste en una posición de deber extrapenal, por lo que en estos casos es mejor hablar de "delitos de infracción de deber". Así p.ej. son delitos de infracción de deber los delitos de funcionarios en el ejercicio de su cargo (§§ 331 ss.), en los que sólo puede ser autor el que infrinja su deber especial derivado de una posición oficial, o el § 203, en el cual la infracción del deber de secreto profesional opera fundamentando la autoría. También es un delito de infracción de deber (a pesar del término "el que") el tipo de la gestión desleal (§ 266), ya que en el mismo es presupuesto de la autoría la vulneración de un deber especial de cuidar el patrimonio.

129 Se distingue además entre delitos especiales (o delitos de infracción de deber) propios e impropios. En los delitos especiales propios el elemento especial de la autoría opera fundamentando la pena; p.ej., la prevaricación sólo es posible por parte de las personas indicadas en el § 336. Por el contrario, en los delitos especiales impropios el elemento del autor sólo opera agravando la pena. Así p.ej. las lesiones causadas en el ejercicio del cargo (§ 340) están construidas sobre el delito común de lesiones (§ 223); por tanto, la cualidad de funcionario en el ejercicio de su cargo opera ciertamente en el § 340 fundamentando la autoría, pero en relación con el tipo de lesiones sólo agravando la pena.

130 La importancia práctica de los delitos especiales radica sobre todo en el campo de la delimitación entre autoría y participación, así como en las repercusiones que según el § 28 tienen los "elementos personales especiales" sobre el marco penal aplicable (cfr. para más detalles t. II). Y en caso de suposición errónea de las posiciones de deber que fundamentan la autoría también se producen peculiaridades en la teoría de la tentativa (cfr. tomo II).

9. Delito base, derivaciones típicas y delitos autónomos

131 El legislador procede en muchos casos configurando los tipos delictivos en su forma más sencilla como delitos base o básicos, y creando sin embargo, en conexión con ellos y añadiendo ulteriores elementos, derivaciones típicas o tipos derivados, que o bien agravan **(tipos cualificados)** o bien atenúan **(tipos privilegiados)** la consecuencia jurídica prevista para el delito base. Así p.ej. el § 242 es el tipo básico del hurto, el § 244 es un tipo cualificado, y los §§ 247 y 248 a son tipos privilegiados (en los que el trato más benigno no consiste en una reducción del marco penal, sino en la exigencia de querella). En las lesiones el tipo básico es el § 223, y los §§ 223 a y 224-226 son cuali-

ficaciones. Según op. dom. en los delitos contra la vida el tipo más pobre en elementos, el homicidio (§ 212), es el delito base, mientras que el asesinato (§ 211) es una cualificación y, en cambio, el homicidio a petición de la víctima (§ 216) y el infanticidio (§ 217) son tipos privilegiados.

La pertenencia al mismo grupo del tipo básico y las derivaciones típicas se **132**
manifiesta en el hecho de que los elementos del tipo básico vuelven a entrar sin modificaciones y con la misma interpretación en las cualificaciones y en los tipos privilegiados. En cambio, la división de los delitos (cfr. *supra* § 9) en delitos graves y menos graves (§ 12) no repercute sobre los tipos derivados; es perfectamente posible que el tipo básico sea un delito grave (p.ej. el § 212) y el tipo derivado un delito menos grave (así el § 216), y a la inversa (como en la relación entre el § 153 y el 154). Si concurre una derivación típica, se condena sólo por el tipo derivado como ley especial *(lex specialis)*, y el delito base retrocede vía concurso de leyes (para más detalles t. II). Para el caso de que simultáneamente concurran los presupuestos de una cualificación y de un tipo privilegiado, se requieren reglas especiales, de tal modo que ambos tipos son aplicables uno junto al otro, en la medida en que sean compatibles sus consecuencias jurídicas. Así p.ej. si un sujeto comete un hurto con armas, pero dentro del ámbito de la convivencia doméstica, de tal modo que se realizan simultáneamente los §§ 244 y 247, el hecho sigue siendo un delito perseguible a instancia de parte [conforme al § 247], pero si se presenta la denuncia, se castigará al autor por el § 244. Si por el contrario se excluyen entre sí las consecuencias jurídicas de la cualificación y el tipo privilegiado, tiene prioridad el tipo privilegiado; por ello, si una madre mata con ensañamiento a su hijo extramatrimonial inmediatamente después del parto, debe ser castigada por el § 217 y no por el § 211.

Frente a los tipos derivados hay que distinguir las meras reglas de deter- **133**
minación de la pena, como son las muy numerosas creadas por el legislador con los "casos especialmente graves" [154] (p.ej. §§ 263 III, 266 II o 267 III) y los "casos menos graves" (p.ej. §§ 177 II, 217 II o 249 II). Los mismos no afectan a la teoría del tipo, sino a la de la medición de la pena, y no modifican el caracter delictivo de un hecho como delito grave o menos grave (para más detalles *supra* § 9, nm. 11). Una forma de transición entre las causas de determinación de la pena y las derivaciones típicas la constituye la ejemplificación de casos especialmente graves mediante **ejemplos-regla** (p.ej. en los §§ 125 a, 243 ó 302 a II). El ejemplo más importante en la práctica es el caso especialmente grave del hurto (§ 243): el legislador menciona en siete números una serie de circunstancias en las que "por regla general" concurre un caso especialmente grave; pero el juez, pese a la concurrencia de un ejemplo-regla,

---

[154] Los cuales son criticados con razón por su imprecisión; cfr. p.ej., Maiwald, Gallas-FS, 1973, 150; idem, NStZ 1984, 435 s.; Wahle, GA 1969, 161 ss.

puede rechazar en el caso concreto la apreciación de un caso especialmente grave, del mismo modo que también puede, a la inversa, apreciar un caso especialmente grave aunque no se dé un ejemplo-regla. La ventaja de tal método estriba en que se evitan las lagunas o injusticias inevitables con una rígida casuística de cualificaciones, pero por otra parte el juez dispone de puntos de apoyo concretos para orientarse si aprecia un caso especialmente grave. No obstante y por otro lado, el carácter no vinculante de los ejemplos-regla vuelve a suprimir en buena medida lo que se había ganado en seguridad jurídica [155]. Los ejemplos-regla no obligan al juez a condenar por el marco penal agravado, por lo que no se trata de cualificaciones típicas, sino de reglas de medición de la pena; pero su proximidad a las derivaciones típicas se manifiesta en que los ejemplos regla pueden ser tratados en ciertos aspectos (p.ej. en la teoría del error y del concurso) como elementos típicos [156].

134 También hay que distinguir de las cualificaciones y tipos privilegiados los denominados delitos **autónomos** (o **independientes**), que contienen ciertamente todos los elementos de otro delito, pero no son casos agravados o atenuados de ese otro delito, sino tipos autónomos con su propio tipo (clase) de injusto. Por eso también induce a confusión el que en estos casos se hable a veces de derivaciones típicas autónomas en contraposición a las derivaciones típicas no autónomas en casos de tipos cualificados y privilegiados. Un delito autónomo *(delictum sui generis)* es p.ej. el robo violento (§ 249) en relación con el hurto (§ 242) y las coacciones (§ 240), pues aunque contiene en su seno los elementos de ambos tipos, sin embargo, mediante su combinación se convierte en un nuevo tipo de injusto independiente. Pues bien, dado que en los delitos autónomos no se puede recurrir a un tipo básico, tampoco pueden regir para ellos las cualificaciones o privilegios de otro tipo contenido en los mismos; así p.ej. los §§ 247 y 248 a [tipos privilegiados de hurto] no son aplicables al robo. Y lo mismo rige también para el hurto (seguido de violencia) equiparado al robo (§ 252), que se considera igualmente como delito autónomo frente al hurto; por ello ese precepto es aplicable aunque el hurto precedente encaje en el tipo privilegiado del § 247 y no se haya interpuesto querella.

135 El concepto de delito autónomo ha sido frecuentemente objeto de crítica [157]. Esta está justificada en cuanto que no hay criterios generales para delimitar delitos autónomos y tipos cualificados y que de la aceptación de la autonomía no se pueden deducir sin más consecuencias jurídicas determinadas al modo de la jurisprudencia de los conceptos, sino que, cuando se trata de la relación de dos tipos entre sí, siempre hay que volver a averiguar de nuevo por medio

[155] Críticamente Maiwald, Gallas-FS, 1973, 137 ss., 159.
[156] Para más detalles, Wessels, Maurach-FS, 1972, 295; idem, Lackner-FS, 1987, 423. Los detalles pertenecen a la Parte especial.
[157] Cfr. sobre todo Blei, AT[18], § 23 V; Haffke, JuS 1973, 402; V. Hassemer, 1974, 88 ss.; Jakobs, AT[2], 6/98.

de una interpretación orientada teleológicamente si y en qué relaciones son autónomos o dependientes entre sí. Y sólo cuando de ese modo se haya llegado a la conclusión de que existe una amplia autonomía, se puede calificar un tipo como *delictum sui generis,* sin que con ello se haya anticipado ya la conclusión para otras constelaciones no consideradas hasta ese momento. Por tanto, la calificación de delito autónomo no tiene un valor dogmático propio [158].

---

[158] Así tb. Jescheck, AT^4, § 26 III 3.

§ 11. La imputación al tipo objetivo

Bibliografía: Glaser, Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht, t. 1, 1858; v. Buri, Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, 1860; v. Bar, Die Lehre vom Causalzusammenhang im Rechte, 1871, v. Buri, Über Causalität und deren Verantwortung, 1873; Ortmann, Zur Lehre vom Kausalzusammenhang, GA 1876, 93; Birkmeyer, Über Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafrecht, GerS 37 (1885), 257; v. Buri, Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885; v. Kries, Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung, 1886; v. Kries, Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie 12 (1888), 179, 287, 393; v. Kries, Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht, ZStW 9 (1889), 528; M. E. Mayer, Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, 1899; Hartmann, Das Kausalproblem im Strafrecht, 1900; Rümelin, Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht, 1900; Radbruch, Die Lehre von der adäquaten Verursachung, 1902; Kohler, Über den Kausalbegriff, GA 1904, 327; Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1904 (reimpr. 1929); Zeiler, Zur Lehre vom Kausalzusammenhang, ZStW 27 (1907), 493; M. L. Müller, Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht, 1912; Larenz, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927; Tarnowski, Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausaltheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs, 1927; Honig, Kausalität und objektive Zurechnung, Frank-FS, 1930, t. I, 174; Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931; Beling, Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre, GerS 101 (1932), 1; Bienenfeld, Die Haftungen ohne Verschulden, 1933; Leonhard, Die Kausalität als Erklärung durch Ergänzung, 1946; Spendel, Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte, 1948; Engisch, Vom Weltbild des Juristen, 1950 (^{2}1965); Kühlewein, Zur Lehre von der adäquaten Verursachung, NJW 1955, 1581; Larenz, Tatzurechnung und "Unterbrechung des Kausalzusammenhanges", NJW 1955, 1009; v. Caemmerer, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, 1956; Hardwig, Die Zurechnung, 1957; Honoré, Die Kausalitätslehre im anglo-amerikanischen Recht im Vergleich zum deutschen Recht, ZStW 69 (1957), 463; Hart/Honoré, Causation in the law, 1959; Arm. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; Maurach, Adäquanz der Verursachung oder der Fahlässigkeit?, GA 1960, 97; Reinecke, Objektive Verantwortung im zivilen Deliktsrecht, 1960; Arth. Kaufmann, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Eb. Schmidt-FS, 1961, 200; Oehler, Erlaubte Gefahrsetzung und Fahrlässigkeit, Eb. Schmidt-FS, 1961, 232; Stratenwerth, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, Eb. Schmidt-FS, 1961, 383: Gimbernat Ordeig, Die innere und äußere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik, 1962; Rehberg, Zur Lehre vom "Erlaubten Risiko", 1962; Roxin, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Deliken, ZStW 74 (1962), 411 (= Grundlagenprobleme, 147) [= Problemas básicos, 1976, 149]; Engisch, Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug, v. Weber-FS, 1963, 247; Bydlinski, Probleme der Schadensverursachung, 1964; Naucke, Über das Regreßverbot im Strafrecht, ZStW 76 (1964), 409; Spendel, Conditio-sine-qua-non-Gedanke und Fahrlässigkeitsdelikt, JuS 1964, 14; Engisch, Vom Weltbild des Juristen, ^{2}1965 (^{1}1950); Ulsenheimer, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, 1965; E. A. Wolff, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965; Kienapfel, Das erlaubte Risiko im Strafrecht, 1966; Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966; Roxin, Recens. de Ulsenheimer, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten (1965), ZStW 78 (1966), 214; Kion, Grundfragen der Kausalität bei Tötungsdelikten, JuS 1967, 499; Salm, Das vollendete Verbrechen, t. I, II, 1967; Hardwig, Verursachung und Erfolgszurechnung, JZ 1968, 289; Kahrs, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, 1968; Meckel, Die straf-

rechtliche Haftung für riskante Verhaltensweisen, tes. doct. no impresa, Gießen, 1968; Stoll, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, 1968; Roeder, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, 1969; Rudolphi, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS 1969, 549; Seebald, Nachweis der modifizierenden Kausalität des pflichtwidrigen Verhaltens, GA 1969, 193; Spendel, Conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderungsgrund, Engisch-FS, 1969, 509; Ulsenheimer, Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte, JZ 1969, 364; Androulakis, "Zurechnung", Schuldbemessung und personale Identität, ZStW 82 (1970), 492; Gmür, Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, 1970; Larenz, Zum heutigen Stand von der Lehre der objektiven Zurechnung, Honig-FS, 1970, 79; Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Honig-FS, 1970, 133 (= Grundlagenprobleme, 123) [= Problemas básicos, 1976, 128]; Schaffstein, Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, Honig-FS, 1970, 169; Geppert, Rechtfertigende "Einwilligung" des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr?, ZStW 83 (1971), 947; Hanau, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, 1971; Herzberg, Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1971, 881; Arm. Kaufmann, Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren, JZ 1971, 569; Wehrenberg, Die Conditio-sine-qua-non-Formel, eine pleonastische Leerformel, MDR 1971, 900; Würfel, Rechtmäßiges Alternativverhalten und Risikoerhöhung im Strafrecht, 1971; Bruns, Ungeklärte materiell-rechtliche Fragen des Contergan-Prozesses, Heinitz-FS, 1972, 317; Reinhard v. Hippel, Gefahrurteile und Prognoseentscheidungen in der Strafrechtspraxis, 1972; Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; Otto, Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, Maurach-FS, 1972, 91; Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972; P. Frisch, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973; Klussmann, Pflichtwidrigkeit und hypothetischer Kausalverlauf bei Fahrlässigkeitsdelikten, NJW 1973, 1097; Roxin, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Gallas-FS, 1973, 241 [= Problemas básicos, 1976, 181]; Stratenwerth, Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, Gallas-FS, 1973, 227; Burgstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; Geilen, Suizid und Mitverantwortung, JZ 1974, 145; Jakobs, Das Fahrlässigkeitsdelikt, ZStW-Beiheft 1974, 6; Jakobs, Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, Welzel-FS, 1974, 307; Naucke, Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum beim Betrug, Peters-FS, 1974, 109; Otto, Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht, JuS 1974, 702; Preuß, Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, 1974; Schaffstein, Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Welzel-FS, 1974, 557; Sax, Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung, JZ 1975, 137; Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, 435, 511, 575, 647, 715, 787; Schlüchter, Grundfälle zur Lehre von der Kausalität, JuS 1976, 312, 387, 518, 793; 1977, 104; Schulin, Der natürliche, vorrechtliche Kausalitätsbegriff im zivilen Schadensersatzrecht, 1976; Volk, Strafbarkeit der fahrlässigen Körperverletzung im Straßenverkehr, GA 1976, 161; Bindokat, Versari in re illicita und Erfolgszurechnung, JZ 1977, 549; Fincke, Arzneimittelprüfung, strafbare Versuchsmethoden: "Erlaubtes" Risiko bei eingeplantem fatalem Ausgang, 1977; Jakobs, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, ZStW 89 (1977), 1; Schlüchter, Grundfälle zur Lehre von der Kausalität, JuS 1977, 104; Spendel, Beihilfe und Kausalität, Dreher-FS, 1977, 167; Walder, Die Kausalität im Strafrecht, SchwZStr 93 (1977), 113; Wolter, Adäquanz- und Relevanztheorie, GA 1977, 257; Wolter, Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung, ZStW 89 (1977), 649; Schaffstein, Der Maßstab für das Gefahrurteil beim rechtfertigenden Nostand, Bruns-FS, 1978, 89; Wolter, Konkrete Erfolgsgefahr und konkreter Gefahrerfolg im Strafrecht, JuS 1978, 748; Ebert/Kühl, Kausalität und objektive Zurechnung, Jura 1979, 561; Krümpelmann, Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht, Bockelmann-FS, 1979, 443; Triffterer, Die "objektive Vorhersehbarkeit" (des Erfolges und des Kausalverlaufs) - unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeines Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte?, Bockelmann-FS, 1979, 201; Maiwald, Kausalität und Strafrecht, 1980; Otto, Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten, NJW 1980, 417; Puppe, Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 (1980), 863; Kamps, Ärztliche Arbeisteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, 1981; Wolter, Objektive und personale Zurechnung

von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; Yamanaka, Von dem Irrtum über den Kausalverlauf und der Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs, Kansai University Review of Law and Politics 1981, 35; Bernsmann, Zum Verhälnis von Wissenschaftstheorie und Recht, ARSP 1982, 536; Kindhäuser, Kausalanalyse und Handlungszuschreibung, GA 1982, 477; Puppe, Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung, JuS 1982, 660; Schmoller, Die Kategorie der Kausalität und der naturwissenschaftliche Kausalverlauf im Lichte strafrechtlicher Tatbestände, ÖJZ 1982, 449; Schünemann, Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln?, NStZ 1982, 60; Puppe, Zurechnung und Wahrscheinlichkeit, ZStW 95 (1983), 287; Triffterer, Die Theorie der objektiven Zurechnung in der österreichischen Rechtsprechung, Klug-FS, 1983, t. 2, 419; Dölling, Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, GA 1984, 71; Krümpelmann, Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten, GA 1984, 491; Möhrenschlager, Kausalitätsprobleme in Umweltstrafrecht, Wirtschaft und Verwaltung, 1984; Otto, Selbstgefährdung und Fremdverantwortung, Jura 1984, 536; Ranft, Berücksichtigung hypothetischer Bedingungen beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, NJW 1984, 1425; Schlüchter, Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei Falhrlässigkeitstatbeständen, JA 1984, 673; Wolter, Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht, en: Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 103 [= El sistema moderno de Derecho penal: cuestiones fundamentales, trad. e intr. de J. M. Silva Sánchez, Madrid, Tecnos, 1991, 108]; Bindokat, Verursachung durch Fahrlässigkeit, JuS 1985, 32; Burgstaller, Erfolgszurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst, Jescheck-FS, 1985, 357; Ebert, Der Schutz von Geschwindigkeitsvorschriften als Problem objektiver Erfolgszurechnung, JR 1985, 356; Geppert, Tötung durch Überlassen von Heroin; auch: Beteiligung an fremder Selbstgefährdung, JK 1985, § 222, Nr. 2; Herzberg, Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt, JA 1985, 265; Jäger, Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens, 1985; Arm. Kaufmann, "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?, Jescheck-FS, 1985, 251; Arth. Kaufmann, Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie, Jescheck-FS, 1985, 273; Kratzsch, Aufgaben- und Risikoverteilung als Kriterium der Zurechnung im Strafrecht, Oehler-FS, 1985, 65; Kratzsch, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985; Krümpelmann, Die normative Korrespondez zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten, Jescheck-FS, 1985, 313; Maiwald, Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs "erlaubtes Risiko" für die Strafrechtsdogmatik, Jescheck-FS, 1985, 405; Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 1.ª Parte. Tatbestands- und Unrechtslehre, GA 1985, 341; Stree, Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung, JuS 1985, 179; Bindokat, Falhrlässige Beihilfe, JZ 1986, 421; Joerden, Dyadische Fallsysteme im Strafrecht, 1986; Rengier, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986; Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986; M. Bruns, Aids - Alltag und Recht, MDR 1987, 353; M. Bruns, Nochmals: Aids und Strafrecht, NJW 1987, 2281; Geppert, Strafbares Verhalten durch -mögliche- Aids-Übertragung?, Jura 1987, 668; Herzberg, Zur Strafbarkeit der Aidsinfizierten bei unabgeschirmtem Geschlechtsverkehr, NJW 1987, 2283; Herzog/Nestler-Tremel, Aids und Strafrecht - Schreckensverbreitung oder Normstabilisierung?, StrV 1987, 360; Jakobs, Risikokonkurrenz - Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht, Lackner-FS, 1987, 53; Joerden, OGH JBl 1987, 191 - ein Fall alternativer Kausalität?, JBl 1987, 432; Kahlo, Das Bewirken durch Unterlassen bei drittvermitteltem Rettungsgeschehen - Zur notwendigen Modifikation der Risikoerhöhungslehre bei den unechten Unterlassungsdelikten, GA 1987, 66; Küper, Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt, Lackner-FS, 1987, 246; Puppe, Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, ZStW 99 (1987), 595; Samson, Kausalitäts- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht, ZStW 99 (1987), 617; Schulz, Gesetzmäßige Bedingung und kausale Erklärung, Lackner-FS, 1987, 38; Struensee, Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit, GA 1987, 97; Bottke, Strafrechtliche Probleme von Aids und der Aids-Bekämpfung, en: Schünemann/Pfeiffer, Die Rechtsprobleme von Aids, 1988, 171; W. Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; Helgerth, Aids - Einwilligung in infektiösen Geschlechtsverkehr, NStZ 1988, 261; Hirsch, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, FS der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln 1988, 399; Koriath, Kausalität, Bedingungstheorie und

psychische Kausalität, 1988; Kreuzer, Aids und Strafrecht, ZStW 100 (1988), 786; Prittwitz, Die Ansteckungsgefahr bei AIDS, JA 1988, 427, 487; Schünemann, Rechtsprobleme der Aids-Eindämmung, en: Schünemann/Pfeiffer, Die Rechtsprobleme von Aids, 1988, 373; Brammsen, Erfolgszurechnung bei unterlassener Gefahrverminderung durch einen Garanten, MDR 1989, 123; Bustos Ramírez, Die objektive Zurechnung, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 213; Jakobs, Tätervorstellung und objektive Zurechnung, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 271; Kratzsch, Prävention und Unrecht - eine Replik, GA 1989, 49, Krümpelmann, Zurechnungsfragen bei mißlungener ärztlicher Fehlerkorrektur, JR 1989, 353; Lampe, Tat und Unrecht der Fahrlässigkeitsdelikte, ZStW 101 (1989), 3; Lampe, Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 189; Otto, Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung, Tröndle-FS, 1989, 157; Roxin, Bemerkungen zum Regreßverbot, Tröndle-FS, 1989, 177; Roxin, Finalität und objektive Zurechnung, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 237; Eschweiler, Beteiligung an fremder Selbstgefährdung, tes. doct. Bonn, 1990; Fiedler, Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung, 1990; W. Frisch, Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?, JuS 1990, 362; Kahlo, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1990; H.-W. Mayer, Die ungeschützte geschlechtliche Betätigung des Aidsinfizierten unter dem Aspekt der Tötungsdelikte - ein Tabu?, JuS 1990, 784; Puppe, Kausalität. Ein Versuch, kriminalistisch zu denken, SchwZStr 107 (1990), 141; Erb, Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht, 1991; Hohmann, Betäubungsmittelstrafrecht und Eigenverantwortlichkeit?, MDR 1991, 1117; Kuhlen, Zur Problematik der nachträglichen ex ante Beurteilung im Strafrecht und in der Moral, en: Jung y otros (eds.), Recht und Moral, 1991, 341; Samson, Probleme strafrechtlicher Produkthaftung, StrV 1991, 182; S. Walther, Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung, 1991; Castaldo, Objektive Zurechnung und Maßstab der Sorgfaltswidrigkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, 1992; Derksen, Handeln auf eigene Gefahr, 1992; W. Frisch, Selbstgefährdung im Strafrecht, NStZ 1992, 1, 62; R. Peters, Der Einfluß von Vertrauenslagen auf die Normzweckbestimmung im Verkehrsstrafrecht, JR 1992, 50; K. e I. Tiedemann, Zur strafrechtlichen Bedeutung des sog. kontrollierten Versuches bei der klinischen Arzeneimittelprüfung, Rud. Schmitt-FS, 1992, 139; Toepel, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1992; U. Weber, Objektive Grenzen der strafbefreienden Einwilligung in Lebens- und Gesundheitsgefährdungen, Baumann-FS, 1992, 43; Behrendt, Zur Synchronisation von strafrechtlicher Handlungs-, Unrechts- und Zurechnungslehre, GA 1993, 67; Hohmann, Personalität und strafrechtliche Zurechnung, 1993; Prittwitz, Strafrecht und Risiko, 1993; Reyes, Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung, ZStW 105 (1993), 108; Zaczyk, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, 1993.

La imputación al tipo objetivo sólo es un problema de la Parte general 1
cuando el tipo requiere un resultado en el mundo exterior separado en el tiempo y el espacio de la acción del autor (cfr. § 10, nm. 102). En los delitos de mera actividad, como el allanamiento de morada (§ 123) o el falso testimonio (§ 154), la imputación al tipo objetivo se agota en la subsunción en los elementos del tipo respectivo que hay que tratar en la Parte especial. En cambio, en los delitos de resultado hay que decidir conforme a reglas generales si la lesión del objeto de la acción (p.ej. de un hombre en los §§ 212 ó 223, o de una cosa en el § 303) se le puede imputar como obra suya al inculpado; y si no es así, éste no habrá matado, lesionado, dañado, etc., en el sentido de la ley. Pues bien, tal imputación objetiva es de antemano imposible en los delitos comisivos si el autor no ha causado el resultado. Si p.ej. no se puede comprobar que un determinado medicamento ha sido causal para los daños corporales sufridos por los pacientes tratados con el mismo, tampoco se puede

aceptar que el fabricante del medicamento haya lesionado a un paciente. En consecuencia, la teoría del nexo causal es (al menos en los delitos comisivos, que son los únicos que de momento trataremos aquí) el fundamento de toda imputación al tipo objetivo; pues el primer presupuesto de la realización del tipo es siempre que el autor haya causado el resultado. Pero con la causalidad de una conducta para el resultado típico aún no se ha realizado siempre el tipo, como antes se creía, aunque concurran los restantes elementos típicos escritos. Así p.ej. también puede faltar la imputación aunque el autor haya causado el resultado, pero esa causación se deba a la pura casualidad: si A convence a B para que tome un vuelo a Mallorca, en el que B muere al estrellarse el avión, ciertamente A ha causado la muerte de B con su consejo, pero pese a ello no ha matado a B, porque el suceso se presenta como un accidente incalculable y por eso no se le puede imputar a A como obra suya. Además existen, junto al azar, como ya veremos, otras causas que pueden excluir la imputación al tipo objetivo.

2 Desde esta perspectiva queda claro que la imputación al tipo objetivo debe producirse en dos pasos sucesivos [1]: en una primera sección (A) se expondrá la teoría del nexo o relación causal; y a continuación se tratarán en una segunda sección (B) los restantes presupuestos de la imputación [2].

A. La teoría de la relación causal

I. Sobre la problemática científico-natural y filosófica del concepto de causalidad

3 Como es sabido, la causalidad es un tema muy discutido en las ciencias naturales y la filosofía [3]. La física cuántica, que se ocupa de la comprensión de los fenómenos de las ondas y partículas en el campo atómico, ha llegado (apoyándose en las investigaciones de Heisenberg) a la hipótesis, admitida hoy de modo dominante, de que los procesos que se dan en el átomo no están determinados causalmente, sino que obedecen a leyes estadísticas, que sólo permiten predicciones de probabilidad. Y además la teoría de la relatividad ha puesto de manifiesto que la representación de una sucesión causal de los acontecimientos en el tiempo sólo tiene sentido en dimensiones muy limitadas. Sin embargo, todo ello no cambia el hecho de que el jurista puede seguir

[1] En cambio, Lange, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 189 ss., utiliza como base el concepto de "causalidad funcional", que abarca "por una parte —sobre la base de la causalidad natural— el enlace con sentido entre acción y resultado" y "por otra parte —por la vía del retroacoplamiento— la imputabilidad del resultado a la acción" (p. 203).

[2] Ofrecen una introducción, muy adecuada para estudiantes, al tema "causalidad e imputación objetiva", Ebert/Kühl, Jura 1979, 561.

[3] Sobre ello informa muy instructivamente y en una forma dedicada especialmente a los problemas del penalista, Maiwald, Kausalität und Strafrecht, 1980.

trabajando con el concepto tradicional de causalidad, pues la vigencia únicamente de leyes estadísticas en el campo subatómico no obsta para que en el mundo de la vida cotidiana, que es el que tiene que tratar el jurista, podamos confiar en las leyes causales con certeza prácticamente absoluta; y por otra parte, la teoría de la relatividad sólo hace inaplicables las tradicionales concepciones causales en un pensamiento en dimensiones cósmicas, mientras que en los limitados terrenos del Derecho no puede modificar mensurablemente las conclusiones a las que conduce la ley causal.

Pero aunque se parta de que que se puede seguir enjuiciando los fenómenos 4
del mundo jurídico según la ley causal, sigue habiendo suficientes puntos oscuros. Así se discute si la causalidad es una categoría del ser o, como pretendía Kant, una mera forma de pensar de nuestro intelecto. La moderna teoría del conocimiento considera frente a Kant a la causalidad como un fenómeno empírico y que obedece a determinadas leyes, pero por regla general evita los conceptos de "causa" y "efecto" y entiende la causalidad como predecibilidad o explicabilidad de acontecimientos sucesivos. Es decir, que hasta ahora no hemos logrado aclarar qué es lo que "opera" en la causalidad y cómo sucede; y por tanto sigue habiendo muchos presupuestos no esclarecidos cuando el jurista plantea la sencilla pregunta de si la actuación de un hombre concreto es la "causa" de un resultado jurídicamente relevante. Sin embargo, ese uso habitual del lenguaje es inofensivo para la aplicación práctica del Derecho, pues cualquier juez sabe que él no tiene que verificar una "fuerza operativa" mensurable, sino sólo la conformidad a leyes, para cuya comprobación depende de los conocimientos teóricos de las ciencias naturales.

II. La teoría de la equivalencia (teoría de la condición)

La jurisprudencia y la doc. dom., para comprobar la relación de causalidad, 5
se sirven de la teoría de la equivalencia. Esta trabaja en la mayoría de los casos con la fórmula de que debe considerarse causa toda condición de un resultado que no puede ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado concreto; es decir, que es válida como causa toda *condicio sine qua non,* o sea, toda condición sin la cual no se habría producido el resultado. Así p.ej., si un automovilista que conduce bebido no puede dominar su vehículo e invade el otro lado de la calzada, donde se produce un choque con otro coche que venía de frente, el haber consumido alcohol es causal respecto de ese accidente; pues si se lo suprime mentalmente, el conductor del coche hubiera continuado por el lado correcto de la calzada y no hubiera tenido lugar el accidente. Pero también es causal la víctima del accidente, ya que si se suprime mentalmente su conducción, tampoco se hubiera originado el accidente. Y según esa misma fórmula, son también causa los fabricantes de ambos coches, y además otras personas que hayan motivado a la conducción

de ambos, así como un cúmulo de ulteriores circunstancias que hayan influido en el suceso (p.ej. la construcción de la calzada, la invención del motor, etc.). Por consiguiente, no se realiza ninguna selección entre las innumerables condiciones de cualquier resultado, sino que por el contrario se consideran equivalentes (o sea, de igual valor) todas las condiciones, y a ese juicio de equivalencia le debe su nombre la teoría de la equivalencia.

6 En general se acepta que la teoría de la equivalencia se basa en el concepto causal en su significación prejurídica, propia de la filosofía y de las ciencias naturales. Ello es cierto en la medida en que la misma se ha impuesto históricamente frente a una multitud de teorías causales denominadas individualizadoras, que pretendían efectuar una selección entre las condiciones según diversos criterios valorativos jurídicos [4]. Así p.ej. debía reputarse causa en sentido jurídico sólo la condición más eficaz [5], la última condición puesta por una conducta humana [6] o la condición promotora (en contraposición a la evitadora) [7]. Hoy ya no se defiende ninguna de estas teorías, porque sus distinciones se han mostrado como casi impracticables en el plano lógico y sobrecargan la verificación de la causalidad con un cúmulo de pre-decisiones jurídicas que las convierten en inidóneas para deslindar un marco máximo de responsabilidad, que es el único con el que deben enlazar las categorías valorativas jurídicas. Pero por otra parte, la teoría de la equivalencia es asimismo una teoría jurídica discrepante del uso filósofico del lenguaje [8], en cuanto que para ella la causa no radica en la suma de todas las condiciones de un resultado, sino en cada condición individual, aunque la misma sólo provoque el resultado en su conjunción con otras muchas. Por tanto, la teoría de la equivalencia trata a cada causa parcial como causa autónoma; y lo hace, porque en la jurisprudencia (ciencia del Derecho) lo que importa no es la totalidad de las condiciones, sino sólo comprobar la conexión o nexo entre un determinado acto humano con el resultado [9].

7 Se considera como primer defensor de la teoría de la equivalencia [10] a Julius Glaser, del que ya en en el año 1858 podemos leer [11]:

"Hay... un punto de apoyo seguro para examinar el nexo causal; si se intenta suprimir mentalmente al supuesto originante de la suma de los acontecimientos y entonces se ve que a pesar de eso se produce el resultado, que a pesar de eso la serie sucesiva de las causas intermedias sigue siendo la misma, está claro que el hecho y su resultado no pueden reconducirse a la eficacia de esa persona. Si por el contrario se ve que, si se suprime mentalmente

---

[4] Cfr. sobre ellas en los últimos tiempos, p.ej., Samson, 1981, 16; Schlüchter, JuS 1976, 313.

[5] Birkmeyer, GerS 37 (1885), 272; similar Köhler, GA 51 (1904), 337 (condición cualitativamente determinante); LK^7-Nagler, 1954, apénd. 1 a Intr., II B 4 b (condición decisiva).

[6] Ortmann, GA 1876, 93 ss.

[7] Binding, Normen, t. I, ^{4}1922, 115 ss.

[8] Cfr. sobre ello Spendel, 1948, 12.

[9] Cfr. para más detalles Radbruch, 1902, 1-6.

[10] Una buena descripción sintética de su evolución en Spendel, 1948, 14-26.

[11] En su obra "Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht", t. I, 2. Abhandlung, 298.

a esa persona del escenario del acontecimiento, el resultado no se podría producir en absoluto o que hubiera tenido que producirse por otra vía totalmente distinta: entonces está justificado con toda seguridad considerarlo como efecto de su actividad."

No obstante, la fundamentación más profunda de la teoría de la equivalencia se remonta a Maximilian v. Buri [12], bajo cuya influencia como magistrado que posteriormente fue del Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich) se impuso también dicha doctrina desde el principio en la jurispr.: por primera vez en RGSt 1, 373, y luego constantemente; en la misma se utiliza repetidamente la idea de la *condicio sine qua non,* pero al principio sin emplear la fórmula especial del "suprimir mentalmente". Esta aparece por primera vez en 1910 en RGSt 44, 137 (139): "lesiones con resultado de muerte sólo se dan si no se puede suprimir mentalmente las lesiones sin que simultáneamente se elimine también el resultado mortal"; desde entonces dicha fórmula fue empleada en numerosas sentencias [13].

También el Bundesgerichtshof ha asumido en Derecho penal la teoría de 8
la equivalencia y se sirve de ella constantemente. Ya en BGHSt 1, 332, se dice (fundamento principal): "La cuestión de si una lesión corporal ha causado la muerte del lesionado debe decidirse conforme a la teoría de la condición", según la cual es "causa de un resultado jurídicopenalmente relevante toda condición que no puede ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado". Desde entonces se utiliza indiscutidamente dicha fórmula [14].

Ocasionalmente se puede hallar alguna decisión discrepante. Así se dice en BGHSt 11, 1, 9
7: "El Derecho penal regido por el principio de culpabilidad no se conforma con una conexión científico-natural de determinados acontecimientos para responder a la cuestión de la relación entre causa y resultado, sino que, por el contrario, para una visión valorativa de la conducta humana es esencial determinar si la condición era significativa para el resultado conforme a criterios jurídicos de valoración". Ello suena a retorno a las teorías causales individualizadoras (nm. 6), pero realmente no significa apartarse de la teoría de la condición, sino que sólo se basa en una mezcla de la causalidad con otros puntos de vista de imputación. Tales mezcolanzas tb. se pueden encontrar en otras sentencias (cfr. p.ej. BGHSt 21, 61). También es incorrecta la tesis según la cual en los delitos de tráfico "el examen de la causalidad de una conducta contraria a las reglas de tráfico sólo ha de comenzar con la producción de la concreta situación crítica para el tráfico" [BGHSt 24, 34, adhiriéndose a BGH VRS 20 (1961), 129, 131; 23 (1962), 369, 370; 24 (1963), 124, 126; 25 (1963), 262; 33 (1967), 61]. En tales casos de lo que se trata no es de la causalidad del causante del accidente, sino de la imputabilidad de su conducta (cfr. nm. 65).

En la doctrina científica actualmente se reconoce de modo totalmente do- 10
minante la teoría de la equivalencia en el sentido de que en los delitos comisivos el nexo causal es una condición necesaria, aunque no suficiente, para la

[12] Por primera vez en: *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung,* 1860. Posteriomente en multitud de trabajos monográficos, como: Über Causalität und deren Verantwortung, 1873; Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885.

[13] RGSt 44, 230, 244; 56, 343, 348; 57, 392, 394; 58, 366, 368; 66, 181, 184; 67, 259; 69, 44, 47; 75, 50; 75, 374.

[14] BGHSt 2, 20, 24; 7, 112, 114; 24, 31, 34; 31, 96, 98.

imputación al tipo objetivo [15]. La crítica que antes se hacía frecuentemente a la inusual amplitud del marco de responsabilidad que abre la teoría de la equivalencia —según la cual p.ej. los padres y los antepasados del autor también son causa de todos los hechos cometidos por éste— ha perdido peso sustancialmente desde que se ha reconocido que la cuasalidad no es la única que decide sobre el cumplimiento del tipo objetivo, sino que han de añadirse otros criterios de imputación (cfr. nm. 36 ss.). La causalidad en los delitos comisivos sólo es el limite máximo de la responsabilidad penal, pero también imprescindible como tal.

11 En cambio, la fórmula tradicional de la teoría de la condición no resiste una supervisión crítica. Aunque Mezger [16] la calificó como "un medio infalible para comprobar el nexo condicional", en realidad no aporta nada a la averiguación de la causalidad [17]. Si p.ej. se quiere saber si la ingestión del somnífero "contergan" durante el embarazo ha causado la malformación de los niños nacidos subsiguientemente (así el caso LG Aachen JZ 1971, 510), no sirve de nada suprimir mentalmente el consumo del somnífero y preguntar si en tal caso habría desaparecido el resultado; pues a esa pregunta sólo se puede responder si se sabe si el somnífero es causal o no respecto de las malformaciones, pero si eso se sabe, la pregunta está de más. En una palabra: la fórmula de la supresión mental presupone ya lo que debe averiguarse mediante la misma.

12 Ahora bien, la fórmula de la teoría de la equivalencia no sólo es inútil, sino que puede inducir a error. Ello sucede especialmente en ciertos casos de causalidad hipotética y alternativa. Así p.ej., si se reprocha a alguien haber realizado un fusilamiento ilícito en guerra y el mismo alega que, si se hubiera negado, otro hubiera efectuado el fusilamiento exactamente de la misma manera, entonces se puede suprimir mentalmente su hecho sin que desaparezca el resultado. Pero naturalmente no falta la causalidad de su conducta; pues si se quisiera negarlo, entonces, dado que la conducta hipotética del segundo soldado tampoco habrá sido causal, se llegaría al absurdo resultado de que la muerte de la víctima se ha producido sin causa. Y lo mismo ocurre en el caso de manual de la causalidad alternativa, en el que A y B, actuando independientemente uno del otro, ponen veneno en el café de C; si C muere por ello, pero ya la dosis puesta por A o por B hubiera provocado por sí sola la muerte exactamente del mismo modo, se puede suprimir mentalmente la conducta

---

[15] Expresan dudas de principio sobre la significación del principio causal para el Derecho penal, sobre todo, Schmidhäuser, LB AT², 8/59 ss.; idem, StuB AT², 5/60-63; Kahrs, 1968; Otto, NJW 1980, 417 ss.

[16] Mezger, StrafR, ³1949, 114 [= Tratado I, 1946, 226; N. del T.].

[17] Cfr. sobre todo Engisch, 1931, 13 ss.; idem, ²1965, 130 ss.; Arth. Kaufmann, Eb. Schmidt-FS, 1961, 207 ss. Esta opinión puede considerarse afianzada hoy y también se ha impuesto en la manualística.

de cada uno de ellos sin que desaparezca el resultado. Por tanto, volvería a faltar la causalidad respecto de la muerte producida y A y B sólo podrían ser castigados por tentativa de homicidio; y sin embargo, lo correcto es considerar que ambos, en la medida que su veneno ha sido realmente eficaz, han causado la muerte de C y se les debe castigar por un hecho consumado (para más detalles nm. 21).

Spendel [18] ha intentado suprimir los puntos débiles de la fórmula de la equivalencia eliminando las causas hipotéticas. Según él "una acción debe reputarse causal cuando sin ella —¡teniendo en cuenta únicamente las circunstancias restantes en ese caso y efectivamente concurrentes!— no se hubiera producido el resultado concreto". Pero esa fórmula tampoco sirve de ayuda en la causalidad alternativa (en el ejemplo del veneno), ya que el veneno del otro existía realmente [19]. En el caso de las causas hipotéticas (ejemplo del fusilamiento) conduce ciertamente al resultado correcto, pues si se suprime mentalmente el fusilamiento realizado por el primer soldado y no se añade mentalmente la hipotética actuación del segundo soldado, desaparecería el resultado. Pero si ya no se pregunta qué hubiera sucedido si..., sino que en su lugar se atiende a las "circunstancias efectivamente concurrentes", la verdad es que se ha renunciado a la fórmula [20]; entonces hay que examinar de otro modo si el sujeto realmente se ha convertido en causa. 13

Por eso se ha impuesto ampliamente en la ciencia actual la fórmula, que se remonta a Engisch [21], de la "condición conforme a leyes", que en su versión más rotunda, redactada por Jescheck [22], enjuicia la concurrencia de causalidad atendiendo a "si a una acción se han vinculado modificaciones en el mundo exterior subsiguientes en el tiempo, que estaban unidas con la acción según las leyes [naturales] y que se presentan como resultado típico" [23]. Es cierto que esta fórmula tampoco sirve de ayuda para comprobar la causalidad real, porque no dice nada sobre la concurrencia del nexo conforme a las leyes, pero tiene la ventaja de que no lo enmascara. Los cursos causales, si son dudosos, nunca pueden demostrarse mediante cualesquiera fórmulas, sino siempre a través de métodos científico-naturales exactos (principalmente el experimento) [24]; pero cuando la causalidad no es dudosa (como en los ejemplos del fusilamiento y del veneno), la fórmula de la causalidad conforme a leyes permite reconocerlo claramente y no induce a error al juzgador. 14

---

[18] Spendel, 1948, 38; aprueba su posición Welzel, StrafR[11], 44 [= PG, 1987, 68; N. del T.].

[19] Cfr. Engisch, [2]1965, 131, n. 288; Arth. Kaufmann, Eb. Schmidt-FS, 1961, 209.

[20] Cfr. Engisch, [2]1965, 131, n. 288; Arth. Kaufmann, Eb. Schmidt-FS, 1961, 209. Esta objeción es válida tb. frente a Schlüchter, JuS 1976, 568 s.

[21] Engisch, 1931, 21.

[22] Jescheck, AT[4], § 28 II 4.

[23] Igualmente Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 13, nm. 75; SK[5]-Rudolphi, antes del § 1, nm. 41; Jakobs, AT[2], 7/12; Arth. Kaufmann, Eb. Schmidt-FS, 1961, 210; Samson, 1972, 30 ss.; Walder, SchwZStr 93 (1977), 136 ss.

[24] La teoría de la "condición conforme a leyes" plantea también desde la teoría de la ciencia muchos problemas, que son vivamente discutidos por la ciencia del Derecho penal. Para más detalles, Puppe, ZStW 92 (1980), 863; eadem, JuS 1982, 660; eadem, ZStW 95 (1983), 287; eadem, ZStW 99 (1987), 595; Kindhäuser, GA 1982, 477; Bernsmann, ARSP 1982, 536; Schulz, Lackner-FS, 1987, 39; Samson, ZStW 99 (1987), 617. Las aportaciones incluyen en su mayor parte problemas de imputación, que van más allá de la cuestión de la causalidad.

15 Cuando falte la prueba científico-natural del nexo causal, no puede ser sustituida por una convicción subjetiva del juez por la vía de la libre valoración de la prueba [25]. Por el contrario, el nexo causal concurre si se comprueba que un producto ha causado daños en la salud y lo único que no consta es qué sustancia es la que ha provocado el daño [26].

III. Problemas concretos de la teoría de la equivalencia

16 Si se entiende la teoría de la equivalencia en el sentido expuesto, la principal dificultad de la comprobación de la causalidad radica en la verificación del nexo conforme a leyes requerido; lo cual no constituye un problema jurídico en sentido estricto, por lo que el juez tendrá que servirse en su caso de un perito. Frente a esto retroceden a un segundo plano las cuestiones jurídicas que se plantean en la aplicación de la teoría de la equivalencia; precisamente fue su manejabilidad relativamente sencilla lo que contribuyó esencialmente a que se haya impuesto. Sin embargo, algunas cuestiones que en parte han desempeñado un papel en la polémica con otras teorías causales precisan una discusión clarificadora.

17 1. Hoy es algo ampliamente reconocido [27] que para verificar el nexo conforme a leyes hay que atender al resultado en su forma más concreta incluyendo todos los eslabones intermedios que han conducido al mismo (teoría de la equivalencia concretante). De ahí se sigue que para la causalidad es suficiente cualquier modificación del resultado. Así, incluso quien mata a un moribundo ha causado su muerte (en su modo y forma concretos), y por cierto que también es así aunque ni siquiera acorte su vida. Pero es que incluso si un médico retrasa con su actuación la muerte inevitable del paciente, en el sentido de la teoría de la equivalencia ha puesto una condición de la muerte de aquél; otra cuestión (que naturalmente hay que negar: cfr. nm. 43) es la de si debe imputársele al sujeto esa causación de muerte como homicidio, pues la causalidad precisamente es sólo el primero, pero no el único presupuesto de la imputación. Igualmente ha causado unos daños quien con su cooperación al hecho aumenta o tan sólo modifica la raja que otro le hace a un jarrón de porcelana. Estos principios también se reconocen de modo general en la jurispr. Sin embargo se equivoca BGH NJW 196, 1823: según ella,

[25] Arm. Kaumann, JZ 1971, 572, contra LG Aachen JZ 1971, 516, en la cuestión de si la talidomida puede dar lugar a malformaciones en el feto. Sobre la problemática causal en el "examen clínico de medicamentos" Fincke, 1977, así como Klaus e Inge Tiedemann, Rud. Schmitt-FS, 1993, 139.

[26] Así el BGH en la "sentencia del spray para cuero", BGHSt 37, 106 (111 ss.). Sin embargo, según Puppe, JR 1992, 30, aquí era ya la causalidad como tal la que no estaba probada; igualmente discr. Samson, StrV 1991, 182. Cfr. sobre la responsabilidad penal por el producto tb. § 24, nm. 17, así como el capítulo sobre "omisión" (tomo II).

[27] Cfr., sin embrgo, nm. 18 y n. 31, así como nm. 20 y n. 36.

unos golpes mortales no son causales porque los golpes de otra persona han cooperado a la muerte y posiblemente incluso la han acelerado [28]. Sin embargo, una modificación del suceso solamente no es causal si es irrelevante para el modo y forma, así como para el tiempo y lugar de la realización de un elemento del tipo [29]. Por tanto, quien ha pintado el jarrón que posteriormente destruye de un golpe un tercero no es causante de los daños; pues es cierto que hay una diferencia entre la destrucción de un jarrón pintado y la de uno no pintado, pero para el único resultado de daños requerido legalmente (en el § 303) la pintura del objeto no es relevante de ningún modo imaginable [30] (sólo sería distinta la situación si p.ej. una decoración hubiera aumentado la fragilidad del jarrón).

Ciertamente, en el punto de vista de la relevancia, que se acaba de indicar, se encierra **18** un elemento valorativo. De ello Puppe [31] extrae la consecuencia de una radical normativización del concepto de resultado. Así, sólo considera como resultado una modificación de su estado "desventajosa (perjudicial) para el bien jurídico"; y la "situación de partida" también debe sacarse fuera del nexo causal [32]: "En consecuencia, quien ha vendido a la víctima del hurto la cosa que posteriormente es botín del ladrón no es causa respecto del concreto resultado del hurto, del mismo modo que tampoco lo es quien ha nombrado funcionario al autor respecto de los delitos cometidos por éste". Ello supone renunciar a la teoría de la equivalencia y regresar a un concepto jurídico de causalidad al modo de las teorías individualizadoras (cfr. nm. 6); y de esa forma la mayor parte de la teoría normativa de la imputación (nm. 36 ss.) se introduce dentro del concepto causal, lo que es inadecuado, puesto que una teoría —incluso jurídica— de la causalidad no puede acoger las complejas reglas de la moderna teoría de la imputación e impediría su desarrollo. La separación de causalidad e imputación es un logro dogmático que no se debería volver a abandonar precipitadamente. Igual que aquí Jakobs [33]: "No se ve por ningún lado una ventaja de esa formulación de un problema de responsabilidad como problema causal".

2. En los delitos comisivos carecen en principio de influencia en la causa- **19** lidad los cursos causales hipotéticos (sin embargo, cfr. sobre una pequeña restricción nm. 30). Por tanto, si alguien es acusado de un delito de homicidio porque durante el "Tercer Reich" provocó un internamiento en un campo de concentración —que acabó con la muerte de la víctima—, no puede discutir su causalidad argumentando que de lo contrario otros hubieran provocado el internamiento (BGHSt 2, 20). Y si alguien lesiona a otra persona al atropellarla, su causalidad "no se pone en tela de juicio por el hecho de que el mismo

---

[28] En contra tb. Hertel, NJW 1966, 2418; Kion, JuS 1967, 499; Schlüchter, JuS 1976, 380; Baumann/Weber, AT[9], § 17 II 3, n. 23.

[29] Jakobs, AT[2], 7/14: las "condiciones para las circunstancias acompañantes del resultado... son irrelevantes"; en dicho lugar (7/15 ss.) tb. más detalles sobre la delimitación. Actualmente esta cuestión ha perdido en gran medida su importancia práctica, dado que, si se afirma la causalidad, en todo caso se excluye la imputación (nm. 45 ss.).

[30] Cfr. sobre ello, en polémica con la denominada consideración abstrayente del resultado, M. L. Müller, 1912, 10 ss.; Engisch, 1931, 11 ss.; Samson, 1972, 29 ss.

[31] Puppe, ZStW 92 (1980), 880. Esta autora llega por ello a un rechazo de principio de la teoría de la "configuración concreta".

[32] En esto hay una cierta similitud con la jurisprudencia de tráfico del BGH criticada en nm. 9.

[33] Jakobs, AT[1], 7/17, n. 19.

resultado también se habría provocado por la conducta de un tercero" (BGHSt 30, 228) [34].

20 Por regla general también se puede obtener esa conclusión con la fórmula tradicional del "suprimir mentalmente"; pues si se suprime mentalmente la actuación del autor, el resultado se habría producido ciertamente asimismo, pero no exactamente de la misma manera y modo concreto. Pero es que incluso aunque el resultado y la forma externa de su producción hubieran sido exactamente los mismos —como en el caso ideado por Engisch [35], en que C le proporciona a A, para que éste dé una paliza, un bastón, que si no se lo hubiera dado D—, es decir aunque la conducta del inculpado (en este caso C) se pudiera tranquilamente suprimir mentalmente y en ese caso el resultado siguiera produciéndose exactamente igual, según la fórmula de la condición conforme a leyes ello no cambia lo más mínimo la causalidad de C (cfr. nm. 12) [36].

21 3. Asimismo los casos de causalidad alternativa [37] (nm. 12) deben solucionarse exclusivamente conforme a la fórmula de la condición conforme a leyes. Por tanto, en el caso ya mencionado en que A y B, actuando independientemente uno del otro, le sirven a C en el café una dosis de veneno, cada una letal por sí sola, ambos son causa de un homicidio consumado si con un análisis químico se puede demostrar que ambas sustancias venenosas han cooperado a la muerte de C. Si por el contrario se comprueba que el veneno empleado por A ha provocado la muerte antes de que pudiera operar la sustancia de B, en B sólo se da un homicidio intentado. Si se demuestra que sólo un veneno ha resultado eficaz, pero ya no se puede comprobar posteriormente si procedía de A o de B, entonces hay que castigar a ambos, en virtud del principio *in dubio pro reo*, por tentativa. También estamos ante un caso de causalidad alternativa si el autor hace un disparo doloso y otro imprudente a la víctima y cada disparo por sí solo hubiera sido mortal, pero la víctima muere *in concreto* por la conjunción de los resultados lesivos de ambos disparos; pero en tal caso el homicidio imprudente es desplazado como subsidiario por el doloso (BGHSt 39, 195).

22 Ya se ha expuesto (nm. 12 s.) que la fórmula de la "supresión mental" no ayuda más en tales casos y sólo dificulta la solución. Por ello se ha ideado para estos casos una fórmula de la eliminación "corregida" [38]: "De varias condiciones que ciertamente pueden ser suprimidas mentalmente de modo alternativo, pero no cumulativo, sin que desaparezca el resul-

---

[34] Sobre esa sent. Puppe, JuS 1982, 660; Kühl, JR 1983, 32.

[35] Engisch, 1931, 15 ss.

[36] Schlüchter, JuS 1976, 518 s., opina que el resultado nunca es el mismo si se intercambia aunque sea una sola de sus condiciones por otra. Si, suprimiendo mentalmente a C, A hubiera recibido de D el garrote, ya por esa razón el resultado sería otro distinto (apaleamiento con un bastón de D en vez de con uno de C), con lo que el procedimiento de la supresión mental prueba totalmente su validez. Pero si se convierten todas las condiciones en elementos integrantes del resultado —lo que en definitiva es una cuestión terminológica—, ya antes hay que saber qué factores pertenecen a las condiciones conforme a leyes del resultado y nos podemos ahorrar la "supresión mental". Así pues, en este punto la teoría del resultado en su "configuración concreta" (cfr. nm. 17) tropieza con sus propios límites.

[37] Para más detalles Joerden, 1986; idem, JBl 1987, 432, sobre un caso del OGH austríaco, JBl 1987, 191.

[38] Traeger, 1904, 12; Welzel, StrafR[11], 45 [= PG, 1987, 68 s.; N. del T.]; cfr. tb. Puppe, ZStW 92 (1980), 876 ss.; Ebert/Kühl, Jura 1979, 568. En el sentido de la fórmula "corregida" tb. BayObLG NJW 1960, 1964; al respecto Eser/Burkhardt, StrafR I[4], caso 5, nm. 32 ss.

tado, cada una de ellas es causal respecto del resultado". Es cierto que esta fórmula, a diferencia de la supresión mental de la aportación individual, permite castigar a ambos autores por delito consumado, pero la misma también conduciría a esa conclusión aunque la aportación de uno no hubiera sido en absoluto eficaz, es decir cuando sólo sería lícito imponer la pena de la tentativa. Por tanto, no es mejor que la originaria fórmula de la eliminación, sino que sólo sustituye un defecto por otro.

4. El carácter anómalo o inusual de un nexo condicional no tiene influencia sobre la causalidad. Si p.ej. A incita a B a dar un paseo, en el que B es mortalmente atropellado por C, A es exactamente igual de causal respecto de la muerte de B como C y el propio B, por mucho que no pudiera prever ese curso de los acontecimientos. O si alguien lesiona a otro y éste muere posteriormente en el hospital por la anestesia (RGSt 29, 218), por un fallo médico o incluso por un incendio en el hospital, no obstante el lesionante es causa de la muerte; y lo mismo sucede con quien le da a otro una bofetada, que sólo por una concatenación de circunstancias desgraciadas acaba provocando la muerte de la víctima (BGHSt 1, 332). Y tampoco cambia para nada la causalidad de un extraño el hecho de que la causa "decisiva" respecto del resultado radique en la constitución corporal o en la culpa del propio lesionado. Por tanto, también es causal el que le produce a otro una lesión leve que sólo acarrea su muerte porque de modo imprevisible resulta que es hemofílico (RGSt 54, 349), o porque padece una anquilosis de columna vertebral (BGH, LM, § 222 n.° 1); o el que realiza con otro una carrera de motos, en la que el otro sufre un accidente mortal por su propia falta de cuidado (BGHSt 7, 112). Es cierto que en tales casos falta la posibilidad de imputación y por tanto la punibilidad (cfr. nm. 87), pero eso no es una cuestión de causalidad. 23

5. La causalidad tampoco se "interrumpe" porque entre la conducta y el resultado esté la acción dolosa de un tercero. Eso es lo que defendió antiguamente la teoría de la "prohibición de regreso" [39]: según ella, el regreso (retorno) a las condiciones que precedieron temporalmente a un delito doloso estaría (prescindiendo de las regulaciones especiales sobre inducción y cooperación) prohibido; y el nexo causal es interrumpido por el hecho doloso de otra persona. Actualmente esa teoría sólo puede defenderse a lo sumo en el sentido de una interrupción o ruptura del nexo de imputación (para más detalles al respecto § 24, nm. 27 ss.); pues un nexo conforme a las leyes naturales existe o no existe, pero no se puede interrumpir. Y en efecto, la jurispr. también ha rechazado siempre esa teoría, por primera vez en RGSt 61, 318: quien construye una buhardilla no autorizada por las normas sobre edificación y peligrosa en caso de incendio también es causal respecto de la muerte de un morador que perece en un incendio posterior, aunque el incendio haya sido 24

[39] Desarrollada por Frank, StGB, [18]1931, § 1 III 2 a. Sobre la importancia de la teoría de la prohibición de regreso en el marco del delito imprudente cfr. § 24, nm. 27 ss.

provocado dolosamente por un tercero, ya que la muerte, o al menos su concreto modo y forma, ha sido (co-)condicionada por el estado de la buhardilla. Muy gráfica también la sent. RGSt 64, 370: si la amante le entrega a su amigo un veneno, con el que éste mata a su esposa, aquélla ha causado la muerte de ésta aunque no conociera el fin para el que se iba a emplear el veneno. Asimismo RGSt 63, 316; 77, 17. El BGH ha continuado esa jurispr.: así, si como consecuencia de una acción abortiva nace prematuramente un niño y entonces se le mata, el aborto, con independencia del homicidio doloso, es causal respecto del resultado (BGHSt 10, 291); y si alguien deja abandonado un revólver cargado, con el que otro se mata de un disparo, es causal pese al suicidio doloso (BGHSt 24, 342).

25 Con mayor razón aún, las causas intermedias imprudentes carecen de influencia sobre el nexo causal. Si una persona, al entregar su abrigo en el guardarropa del teatro, deja en el bolsillo un revólver cargado y un acomodador coge el revólver, que se había caído, y en broma aprieta el gatillo apuntando a otro, el espectador es exactamente igual de causal respecto del resultado que el acomodador (RGSt 34, 91). Lo mismo sucede en caso de que unas lesiones, debido solamente a la conducta imprudente del lesionado (RGSt 6, 249; 22, 173), acaben dando lugar a la muerte (cfr. ya nm. 23). También es instructivo el caso de BGHSt 4, 360: el sujeto que deja su camión sin iluminación es causa de la muerte de un automovilista que choca con el mismo aunque se diera la circunstancia de que luego se había colocado una linterna de aviso y un policía descuidadamente la había vuelto a quitar prematuramente (sobre la cuestión de la imputación en ese caso cfr. nm. 104).

26 Por el contrario, falta el nexo causal si una serie causal puesta en marcha es "interrumpida", "adelantada" por una segunda serie de tal modo que aquélla ya no es operativa y por tanto ya no se halla en un nexo conforme a leyes con el resultado. Así, si A le sirve a B una comida envenenada, cuyo efecto mortal no se producirá hasta el día siguiente, pero durante el primer día B fallece en un accidente de tráfico, A no ha llegado a ser causa de la muerte de B, pues el envenenamiento no ha repercutido de ningún modo en la muerte de B; por tanto, A sólo puede ser castigado por tentativa de homicidio (en sentido amplio). Distinto sería si B, tras los primeros síntomas de malestar, se hubiera dirigido al médico y durante el camino hubiera muerto en un accidente. Entonces la cadena causal puesta en marcha por A hubiera repercutido sobre las circunstancias concretas de la muerte y A sería causa; pero también aquí la cuestión de si esa causación de muerte le sería imputable como homicidio, vuelve a ser harina de otro costal (nm. 59). El RG formuló con gran claridad los criterios decisivos para la "ruptura de una serie causal" en un caso en el que un falso testimonio no tuvo repercusión en la conclusión de una sentencia injusta por otras causas (RGSt 69, 44, 47): "El presupuesto para aceptar la existencia de un nexo causal es, naturalmente, que la originaria

acción dirigida a un determinado resultado también haya continuado operando realmente hasta la producción del resultado, es decir que haya llegado a ser realmente causal, y que p.ej. el posterior suceso dirigido al mismo resultado no haya eliminado esa continua operatividad y no ocurra que, con independencia de la acción que se enjuicia y abriendo una nueva serie causal, haya provocado el resultado". Por eso se pudo condenar al autor ciertamente por falso testimonio consumado, pero sólo por tentativa de estafa procesal, puesto que entre su testimonio y el perjuicio patrimonial de la parte contraria no existió nexo causal alguno.

6. Por último, tampoco falta la causalidad si el nexo conforme a leyes es **27**
producido (transmitido) a través de la psique de otro [40]. Es cierto que a veces se afirma que el principio causal fracasa cuando se conectan factores psíquicos en el nexo condicional, porque la libertad de la voluntad humana contradice la necesidad de las leyes causales [41]. En la inducción y complicidad psíquica (auxilio moral), así como en los casos de prohibición de regreso (nm. 24 s.) o de producción del perjuicio de la estafa mediante un error del engañado (§ 263), e incluso en los accidentes provocados por reacciones psíquicas, ello excluiría el nexo conforme a leyes y de ese modo pondría totalmente en tela de juicio la aplicabilidad del concepto causal en la ciencia del Derecho. Sin embargo, la op. dom. no se ha adherido a dichas objeciones, y con razón. Para los deterministas es sin más indudable la validez de la ley causal en el ámbito psíquico; pero tampoco los indeterministas negarán la causación de una decisión mediante el consejo de otro o mediante circunstancias externas por el hecho de que al agente también le hubiera sido posible adoptar otra decisión; pues *in concreto* la decisión ha sido motivada por este o aquel factor [42]. El que entre los factores condicionantes hubiera coparticipado la voluntad presuntamente libre del agente no excluye (como tampoco la excluye en otros casos la concurrencia de diversas circunstancias) la causalidad.

La comprobación del nexo condicional también se produce en principio en **28**
la causalidad psíquica de la misma forma que en otros casos. No es correcta la opinión del BGH (E 13, 15) de que es inadmisible transferir "principios, conforme a los que se suelen juzgar los nexos causales en la naturaleza exterior, ... a procesos espirituales en el interior del hombre". Lo incorrecto de esa postura lo muestra precisamente el caso en el que se basaba la sentencia: Un licenciado en Derecho en período de prácticas en la Justicia, que tomó declaración a un acusado, había conseguido fraudulentamente que éste le hiciera un préstamo afirmando que se lo podría devolver pronto. Posteriormente el

---

[40] Para más detalles sobre los problemas que aquí se plantean, Schulz, Lackner-FS, 1987, 45 ss.; Bernsmann, ARSP 1982, 536 ss., que propugna un "esquema de causación no-causal" (p. 554).

[41] Cfr. últimamente Kahrs, 1968, 22 ss., con citas de la bibliografía más antigua (p. 25, n. 43).

[42] En cuyo caso, desde la perspectiva indeterminista hay que considerar suficiente un "nexo empírico" en lugar del nexo conforme a leyes (cfr. Schulz, Lackner-FS, 1987, 45 ss.).

interrogado declaró que él le hubiera dado también el dinero aunque no hubiera habido esa simulación, pues ya la posibilidad de ayudar a una persona de los Tribunales en un apuro dinerario hubiera sido sucifiente motivo para él. El BGH acepta la causalidad entre el engaño y el perjuicio, porque el interrogado en el caso concreto se había fiado de las mentiras del licenciado en prácticas y fueron ellas las que le movieron a conceder el préstamo. "El curso real de la formación de la voluntad no pierde... su existencia porque en su lugar podría haberse producido otro, pero no se ha producido." Es cierto que esta solución es difícilmente alcanzable con la fórmula del suprimir mentalmente usual en la jurispr., pero concuerda totalmente con lo que también rige en otros casos sobre la irrelevancia de los cursos causales hipotéticos para constatar nexos conforme a leyes (nm. 12, 19). Ahora bien, la causalidad faltaría si de antemano el interrogado se hubiera sentido movido a entregar el dinero exclusivamente por la idea de ser complaciente con una persona de la Justicia, cuestión fáctica que tendría que haber sido aclarada con más profundidad en el tribunal de instancia [43].

29 7. El caso más espinoso para la teoría de la condición lo constituye la constelación (rara en la práctica) de acciones de impedir cursos causales salvadores [44]. Así p.ej., el autor retira una lancha neumática o un perro que se dirigen hacia una persona que se está ahogando en el agua, y muere ahogada la víctima, que de lo contrario se habría salvado [45]. O bien: alguien destruye la única medicina que puede salvar a otro; o alguien raja las mangueras de los bomberos que, si no fuera por ello, habrían extinguido un incendio [46]. Existe un acuerdo unánime en que en tales casos el agente debe ser castigado como autor de un delito comisivo consumado si el curso causal interrumpido por él hubiera impedido el resultado típico con una probabilidad rayana en la seguridad, pero es dudoso cómo se puede fundamentar la causalidad del agente. En efecto, ésta falta, si por causalidad se entiende una "fuerza operativa" dinámica y causante del resultado; pues entonces en nuestros ejemplos sólo serán causales el agua, la enfermedad o el fuego, mientras que la actuación humana no incide en el curso causal real, sino que sólo le ha quitado de en medio obstáculos potenciales [47]. Y existe un sector que deduce de tal argumentación la inidoneidad general del principio causal [48].

---

[43] Para más detalles sobre este caso Engisch, v. Weber-FS, 1963, 247 ss.; Schlüchter, JuS 1976, 521 s.

[44] Fundamental sobre ese grupo de casos Engisch, 1931, 27 s.; Arm. Kaufmann, 1959, 195 ss.

[45] Ejemplos de Arm. Kaufmann, 1959, 195 s.

[46] Ejemplos de Schmidhäuser, LB AT^2, 8/76; idem, StuB AT^2, 5/74.

[47] Por ello Walder, SchwZStr 93 (1977), 139, opina: "El legislador debería... castigar específicamente estos casos merecedores de pena".

[48] De modo especialmente claro en ese sentido Schmidhäuser, LB AT^2, 8/50, 60, 76; idem, StuB AT^2, 5/59, 63, 74; cfr. tb. Kahrs, 1968, 22.

Sin embargo, tal concepto causal "metafísico" [49] no es el del Derecho (cfr. nm. 4). Este se conforma con la sucesión conforme a leyes de los acontecimientos, y ésta no falta aquí, pues el hecho de impedir el acontecimiento salvador está tan condicionado conforme a leyes como el que tal acontecimiento hubiera evitado el resultado según las leyes generales. Si no fuera así, el autor no podría conducir de ese modo al resultado un plan exactamente calculado. Es cierto que esta constelación, en comparación con todos los restantes casos de causalidad comisiva, ofrece la peculiaridad de que para verificarla hay que acudir a un curso causal hipotético: a la salvación que se habría producido si el autor no hubiera actuado. Pero ello no supone una refutación, sino sólo una precisión del principio según el cual nunca se puede sustituir el nexo real del acontecimiento por cursos causales hipotéticos (nm. 19), ya que aquí la actuación del sujeto no se sustituye, sino que sólo se complementa mediante un curso causal añadido mentalmente. Ahora bien, dentro de esa complementación hay que tener en cuenta todas las circunstancias hipotéticas: por tanto, el agente **no** es causal si p.ej. derrama un suero que salvaría la vida, pero "que durante el vuelo hacia el lugar donde estaba B moribundo de todos modos se hubiera destruido por efecto del calor" [50]. 30

IV. Teoría de la adecuación y de la relevancia

Junto a la teoría de la equivalencia, durante largo tiempo se ha sostenido también en la doctrina científica la teoría de la adecuación, cuyo fundador es el lógico y médico friburgués Johannes v. Kries (1853-1928) [51]. Según su teoría, en sentido jurídicopenal sólo es causal una conducta que posee una tendencia general a provocar el resultado típico, mientras que las condiciones que sólo por casualidad han desencadenado el resultado son jurídicamente irrelevantes. Esta teoría también ha ejercido una fuerte influencia sobre la jurisprudencia en el Derecho civil, mientras que en Derecho penal sólo ha encontrado partidarios en la doctrina, y antiguamente también se utilizó con frecuencia para conseguir una restricción de la responsabilidad en los delitos cualificados por el resultado. Dado que hasta el año 1953 bastaba la mera causación del resultado más grave para imponer la pena superior (cfr. § 10, nm. 121), gracias al criterio de la adecuación era posible excluir al menos las condiciones que imprevisiblemente y sin culpa del autor habían provocado el resultado más grave. Por lo demás, la teoría de la adecuación también permite la deseada eliminación de nexos causales totalmente inusuales: la misma evita el *regressus* 31

[49] Cfr. sobre ello Samson, 1972, 32.
[50] Ejemplo de Samson, 1972, 32; de otra opinión Jakobs, AT², 7/24.
[51] Escritos, entre otros: Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung, 1886; Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht, ZStW 9 (1889), 528.

ad infinitum de la teoría de la equivalencia al poder aceptar que los antepasados del delincuente jurídicopenalmente ni siquiera son causa de los hechos perpetrados por éste (mientras que los partidarios de la teoría de la equivalencia en este caso creían que sólo se podía llegar a la absolución negando el dolo y la imprudencia); y también permite la exclusión de los cursos causales "extravagantes" (aventureros), de tal modo que p.ej. el causante de un accidente, cuya víctima muere por un incendio del hospital, puede ser considerado como ya no causal respecto de ese resultado (mientras que la op. dom. desde el punto de vista de la teoría de la equivalencia creyó desde siempre que la previsibilidad del curso causal concreto tenía que enjuiciarse como componente del dolo y de la imprudencia, para obtener la misma conclusión).

32 La teoría de la adecuación ha sido precisada y afinada a lo largo de los años. Hoy se parte de la base de que una condición es adecuada (o sea, adaptada al resultado) si la misma ha aumentado la posibilidad del resultado de modo no irrelevante, si no es sencillamente inverosímil que la conducta dé lugar a un resultado así [52]. La cuestión, polémica durante largo tiempo, sobre el punto de vista desde el que ha de realizarse el juicio de adecuación (*¿ex ante?*, *¿ex post?*, ¿desde el punto de vista del autor o de un tercero?, ¿sobre qué base científica?) actualmente se ha aclarado en el sentido del llamado pronóstico (prognosis) objetivo-posterior [53]: el juez debe colocarse posteriormente (o sea en el proceso) en el punto de vista de un observador objetivo que juzgue **antes** del hecho y disponga de los conocimientos de un hombre inteligente del correspondiente sector del tráfico y además del saber especial del autor. Por tanto, si A convence a B para que haga un viaje, en el que el avión se estrella como consecuencia de un atentado con una bomba, normalmente no habrá colocado una condición adecuada para la muerte de B, ya que antes del vuelo un observador medio inteligente habría considerado tal suceso completamente improbable. Distinto sería ciertamente si A supiera que se había planeado un atentado con bomba contra el avión; como ese saber especial también se le puede atribuir al juzgador inteligente, éste habría enjuiciado el viaje como muy peligroso. En consecuencia, A ha colocado una condición adecuada y puede ser castigado en su caso por homicidio doloso.

33 La teoría de la adecuación persigue un propósito justificado, pero no es, como opinaban originarimente sus defensores, una teoría causal, sino una teoría de la imputación. Es decir, que no dice cuándo una circunstancia es causal respecto de un resultado, sino que intenta dar una respuesta a la pregunta de qué circunstancias causales son jurídicamente relevantes y le pueden

---

[52] Cfr. para más detalles Engisch, 1931, 41 ss.

[53] Con razón Jakobs, AT², 7/32, califica como "muy mala" esa denominación; pues el pronóstico, a la vista de la inclusión del saber especial, no es puramente objetivo, sino referido al autor, y su momento es indiferente. Para más detalles sobre el juicio posterior *ex ante*, Kuhlen, 1991, 341.

ser imputadas a un agente. Y tampoco es un problema puramente terminológico el que en los cursos causales inadecuados se hable de exclusión de la causalidad o de la imputación; pues el entremezclamiento de causalidad y causalidad adecuada enturbia el reconocimienbto de que se trata de dos pasos mentales construidos sucesivamente: En primer lugar hay que verificar la existencia de un nexo condicional conforme a leyes, y en segundo término hay que examinar si ese nexo es típicamente relevante. Por eso la teoría de la adecuación tampoco es, contra lo que inicialmente entendían sus partidarios, una alternativa a la teoría de la equivalencia, sino más bien su complemento. Y en ese sentido es también entendida hoy por regla general por sus partidarios [54].

Pero la teoría de la adecuación es insuficiente incluso como teoría de la 34
imputación, si se considera que con la adecuación de un curso causal está solucionado el problema de la imputación. En efecto, su ámbito operativo se limita en lo esencial a excluir la imputación en los cursos causales anómalos o inusuales (nm. 23). Pero hay otras numerosas constelaciones —desde la causación de muerte por el médico, pero prolongando la vida (nm. 17), pasando por ciertos cursos causales hipotéticos, hasta los grupos de casos de la antigua teoría de la prohibición de regreso—, en los cuales se puede afirmar sin más la existencia de un nexo condicional adecuado, pero pese a todo se debe rechazar la posibilidad de imputación (más detalles en nm. 43, 68, 85 ss.). Es decir, que el principio de adecuación sólo es un elemento estructural —aunque ciertamente importante— dentro de una teoría general de la imputación; forma parte de la misma y ya no necesita un tratamiento separado en el marco de una teoría independiente.

El dato de que la teoría de la adecuación no es una teoría causal, sino de 35
la imputación, es algo que ya había reconocido tempranamente sobre todo Mezger, convirtiéndolo en la base de la que denominó teoría de la relevancia. "En consecuencia, la teoría de la condición sigue siendo también en Derecho penal la única teoría causal posible; en cambio, la teoría de la adecuación es una teoría de la responsabilidad o, dicho de modo más general, una teoría de la relevancia jurídica" [55]. En cuanto a qué nexos causales son relevantes, Mezger pretendía averiguarlo no sólo mediante los principios de la adecuación, sino también mediante una interpretación conforme al sentido de los tipos

[54] Ya en Engisch, 1931, 59, se afirma: "Yo... preferiría colocar la adecuación como elemento especial junto a la causalidad". Cfr. actualmente p.ej. Bockelmann/Volk, AT[4], § 13 A V 4: "Todos los tipos de delitos de resultado han de interpretarse en el sentido de que lo que fundamenta la imputabilidad no es ya un nexo causal equivalente, sino únicamente el adecuado"; similar Walder, SchwZStr 93 (1977), 144 ss. Aún distinto Maurach, AT, [4]1971, § 18 II C 2: "Causa, por tanto, sólo es la condición adecuada para el resultado"; sigue aún en posición similar Maurach/Zipf, AT/1[8], 18/30 ss.

[55] Mezger, StrafR, [3]1949, 122 [= Tratado I, 1946, 237; N. del T.].

legales. Tal posición implica la exigencia de una teoría de la imputación autónoma y subsiguiente al examen de la causalidad y en esa medida es totalmente correcta [56]. Lo único que Mezger descuidó fue elaborar su teoría de la relevancia hasta llegar a una teoría general de la imputación. Por eso dicha teoría, de modo similar a la de la adecuación, sólo puede incluirse como precursora de una concepción amplia de la imputación dentro de la misma.

B. La ulterior imputación al tipo objetivo

I. Delitos de lesión

1. Introducción

36 La dogmática antigua partía de la base de que con la causalidad de la conducta del autor respecto del resultado se cumple el tipo objetivo. Y en los casos en que parecía inadecuada la punición se intentaba excluir la pena en los delitos comisivos dolosos negando el dolo. Así se puede encontrar aún en Welzel [57] el "ejemplo frecuentemente utilizado" de que alguien, "al comenzar una tormenta, envía a otro al bosque con la esperanza de que le mate un rayo". Si contra toda probabilidad se produce efectivamente ese resultado, según la teoría de la equivalencia no se puede dudar que hay causalidad en el que dio el consejo [58]; pero si con ello se considera realizado el tipo objetivo, sólo se puede eludir el castigo negando el dolo. Y eso es lo que efectivamente hace Welzel, al opinar que en este caso en el sujeto de atrás hay ciertamente una esperanza o un deseo, pero no la voluntad con poder de influencia real en el suceso que exige el dolo. Sin embargo, esta no es una fundamentación convincente: pues es indiscutible que el autor subjetivamente quería exactamente aquello que ha producido objetivamente; y la planificación y el curso real coinciden entre sí. Si a pesar de eso no consideramos correcta la punición, ello se debe de modo primario al carácter objetivamente casual del suceso. Sólo porque una causación de muerte puramente casual no la enjuiciamos ya objetivamente como homicidio en sentido jurídico es por lo que un dolo tendente a ello no es un dolo homicida, sino dirigido a algo impune.

37 Algo similar sucede en el caso de manual de que A dispara a B con dolo homicida, éste sólo sufre una lesión leve y va a un hospital para recibir tratamiento, pero perece en un incendio que se produce en el mismo. Existe acuerdo unánime en que en constelaciones como ésta sólo se puede aceptar una tentativa de homicidio. Sin embargo, cuando jurispr. y la (aún) doc. dom.

---

[56] En este sentido tb. Blei, AT[18], § 28 IV.

[57] Welzel, StrafR[11], 66 [= PG, 1987, 97; N. del T.].

[58] Baumann/Weber, AT[9], § 17 II 4 a, pretenden aceptar aquí una "excepción a la teoría de la equivalencia"; cfr. tb. ibidem sobre las restantes soluciones de emergencia defendidas en la doctrina.

lo fundamentan aduciendo que falta el dolo homicida, porque éste ha de extenderse al curso causal concreto, se vuelve a desplazar sin razón el problema a la parte subjetiva; pues la muerte por el incendio del hospital, ya en el plano objetivo, no se puede enjuiciar como obra de A, de modo que la consumación del hecho no fracasa sólo por la falta de dolo. Y como la tentativa, que en todo caso hay que afirmar que concurre, también presupone un dolo homicida, sólo se puede negar el dolo respecto del concreto resultado homicida si a la causación de muerte, tal como se ha desarrollado, ya no se la considera como una "acción de matar" en el sentido del tipo. Esto es una cuestión de imputación objetiva y no un problema de dolo.

En consecuencia, el primer cometido de la imputación al tipo objetivo es **38** indicar las circunstancias que hacen de una causación (como límite extremo de la posible imputación) una acción típica, o sea, p.ej. de una causación de muerte una acción homicida relevante; la cuestión de si luego tal acción homicida también se puede imputar al tipo subjetivo y es por ello dolosa, sólo se discutirá a continuación (en el § 12). La resurrección de la teoría de la imputación, que entró en amplia decadencia en la segunda mitad del siglo XIX bajo la fascinación del pensamiento causal orientado a las Ciencias naturales, no se ha producido hasta los años sesenta de este siglo [59]. Por eso sus resultados aún están sin asegurar en muchos aspectos y no se ha producido su recepción en la jurispr [60]. Sin embargo, en la doctrina científica cada vez se impone más la concepción de que la imputación al tipo objetivo se produce conforme a dos principios sucesivamente estructurados [61]:

a) Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo obje- **39** tivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto. Así p.ej. en el caso de la tormenta mencionado en el nm. 36 falta ya una acción homicida en el sentido del § 212 porque el hecho de enviar a alguien al bosque no crea un peligro jurídicamente relevante de matar. En el caso del incendio del hospital el disparo del autor ciertamente ha creado un peligro no permitido de matar a la víctima; pero en el incendio del hospital no se realiza el peligro que parte de una lesión consecuencia de un disparo, de tal modo que por esa razón no se le puede imputar el resultado al autor como homicidio consumado. Mientras que la falta de creación de peligro conduce a la impunidad, la falta de realización del peligro en una lesión típica

---

[59] Un precursor —relativamente poco atendido— es el libro de Hardwig: Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts, 1957.

[60] En cambio, en la jurispr. austríaca ya se ha impuesto ampliamente la teoría de la imputación objetiva; cfr. Triffterer, Klug-FS, 1983, 419.

[61] Estas ideas básicas son hoy casi indiscutidas en la ciencia alemana. Actualmente aún se puede seguir encontrando un rechazo en bloque de la imputación objetiva desde la perspectiva finalista en Hirsch, Köln-FS, 1988, 403 ss.

del bien jurídico sólo tiene como consecuencia la ausencia de consumación, por lo que en su caso se puede imponer la pena de la tentativa.

40 b) Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, por regla general es imputable, de modo que se cumple el tipo objetivo. Pero no obstante, excepcionalmente puede desaparecer la imputación si el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones. Si p.ej. A incita a B a que haga una escalada al Himalaya, en la que éste —tal como A había previsto— sufre un accidente mortal, entonces no sólo A ha causado la muerte de B, sino que en la muerte de B también se ha realizado un peligro causado por A. Y sin embargo A no ha cometido una acción punible de homicidio, puesto que si según el Derecho [alemán] vigente es impune incluso la incitación al suicidio, con mayor razón aún ha de ser impune la incitación a una mera autopuesta en peligro, que es de lo que aquí se trata. Por consiguiente, el alcance de los §§ 212, 222 y 230 no se extiende a la evitación de autopuestas en peligro dolosas, con lo que por esa razón no se puede imputar el resultado al incitador.

41 En resumen, pues, se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo. A continuación se desarrollará este punto de partida con más detalle.

41a La concepción que se desarrolla a continuación fue expuesta por mí por primera vez en mi artículo "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht" ("Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal") y, respecto del problema del incremento del riesgo en comparación con la conducta alternativa conforme a Derecho, ya en mi ensayo "Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten" ("Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes") [62]. Además he tratado en otro trabajo específicamente el alcance del tipo desde el punto de vista del fin de protección de la norma [62a]. Desde entonces esa concepción ha sido corregida y ulteriormente desarrollada en multitud de trabajos doctrinales [62b]; y también en la literatura de manuales y comentarios ha ido penetrando de modo creciente la teoría de la imputación. Sobre la influencia de esta teoría en la jurisprudencia cfr. Goydke, 1992, 8 ss. Puntos de partida similares al aquí mantenido son los que han desarrollado Jakobs con su teoría del "peligro modelo" [62c], Otto con el principio de la "controlabilidad" [62d] y Toepel con el criterio de la "planeabilidad racional" [62e]. Kratzsch, en su monografía, dedicada sobre todo a la teoría del injusto y de la tentativa, "Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht" [62f] ("Control de la conducta y organización en Derecho penal"), trata problemas de la imputación objetiva recurriendo a modelos de la teoría sisté-

---

[62] Roxin, Honig-FS, 1970, 133; idem, ZStW 74 (1962), 411 (ambos tb. en: Grundlagenprobleme, 123, 147 [= Problemas básicos, 1976, 128, 149; N. del T.]).

[62a] Roxin, Gallas-FS, 1973, 241 [= Problemas básicos, 1976, 181 ss.; N. del T.].

[62b] En la línea aquí mantenida han seguido trabajando de modo especialmente fructífero Burgstaller, 1974; Rudolphi, JuS 1969, 549 ss.; SK[5]-Rudolphi, antes del § 1, nm. 38-81 a; Schünemann, JA 1975, 435, 511, 575, 647, 715, 787; Stratenwerth, Gallas-FS, 1973, 227; Wolter, 1981; idem, 1984, 103; W. Frisch, 1988; Castaldo, 1992.

[62c] Jakobs, 1972.

[62d] Otto, Maurach-FS, 1972, 92 ss.; idem, JuS 1974, 705 ss.

[62e] Toepel, 1992, 197 ss.

[62f] Kratzsch, 1985; cfr. tb. idem, Oehler-FS, 1985, 65.

mica cibernética y de la teoría de la organización. Los "Fundamentos teóricos de la imputación objetiva" ("Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung") son instructivamente reflejados (siguiendo en muchos puntos a Jakobs) por Reyes [62g]. Y desde el ulterior aspecto del Derecho penal en la sociedad de riesgo (cfr. § 2, nm. 23b) Prittwitz [62h] califica como criterio de imputación a la creación de riesgo.

En su amplia monografía sobre "Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs" ("Conducta típica e imputación del resultado") W. Frisch, conforme al título de su libro y frente al procedimiento aquí seguido junto con la op. dom., emprende una separación entre "conducta típica" e "imputación del resultado"; según esto, determinar si el autor ha creado un riesgo desaprobado y hasta dónde llega el alcance del tipo no es una cuestión de la imputación del resultado, sino de la conducta típica, mientras que a la teoría de la imputación pertenece "únicamente el nexo causal y de realización entre el riesgo desaprobado que fundamenta la conducta típica y la producción del resultado" [63]. En esa separación no se tiene en cuenta que en la conclusión se trata **siempre** de la imputación o no imputación del resultado; al causante no se le imputa el resultado si de antemano se ha comportado adecuadamente, como tampoco se le imputa si el curso causal era especialmente extravagante. Y desde el punto de vista aquí defendido habla además en contra de la separación entre "conducta típica" e "imputación del resultado" el dato de que desvalor de acción y desvalor del resultado están indisolublemente vinculados entre sí (para más detalles § 10, nm. 96 ss.): sin un resultado de muerte y su imputación no existe acción de homicidio ni "conducta típica" (sino a lo sumo una acción de tentativa de homicidio, pero ésta también presupone un resultado de tentativa). Por lo demás, para las soluciones concretas de problemas la separación realizada por Frisch carece de importancia esencial. Yendo aún más lejos, Bustos Ramírez [64] declara que la imputación objetiva "no es admisible en el plano de la tipicidad", sino que tiene "su lugar sistemático en la antijuridicidad". Pero los criterios de imputación indicados por mí en nm. 43 ss. los considera "claramente válidos", si bien sólo "como criterios de adscripción de una situación al tipo". 42

2. Creación de un riesgo no permitido

a) La exclusión de la imputación en caso de disminución del riesgo

Ya de entrada falta una creación de riesgo y con ello la posibilidad de imputación si el autor modifica un curso causal de tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima, y por tanto mejora la situación del objeto de la acción. Quien ve cómo una piedra vuela peligrosamente hacia la cabeza de otro y, aunque no la puede neutralizar, sí logra desviarla a una parte del cuerpo para la que es menos peligrosa [65], a pesar de su causalidad no comete unas lesiones, al igual que tampoco las comete el médico que con sus medidas sólo puede aplazar la inevitable muerte del paciente (nm. 17). Casos de este tipo, que no son raros, tampoco se pueden solucionar con la teoría de la adecuación (nm. 31-34), ya que el curso causal que modifica el resultado es totalmente previsible para el autor, y a menudo incluso pretendido por él. Y sin embargo ha de excluirse la imputación del 43

62g Reyes, ZStW 105 (1993), 108 [= Fundamentos teóricos de la imputación objetiva, ADPCP 1992, 933 ss.; N. del T.]

62h Prittwitz, 1993, 335 ss.

63 W. Frisch, 1988, 67.

64 Bustos Ramírez, Arm. Kaufmann-GS, 1989 (siguiendo el orden de las citas:) 235, 236, 229.

65 Cfr. sobre ello Roxin, Honig-FS, 1970, 136 [= Problemas básicos, 1976, 131; N. del T.]; E. A. Wolff, 1965, 17, 23.

resultado, porque sería absurdo prohibir acciones que no empeoran, sino que mejoran el estado del bien jurídico protegido. Es cierto que según la doctrina tradicional se podría solucionar los casos de disminución o aminoración del riesgo desde el punto de vista de la antijuridicidad, aceptando un estado de necesidad justificante (§ 34). Pero eso presupondría que se empezara por considerar la aminoración del riesgo como lesión del bien jurídico típica de un delito; y eso es precisamente lo que falta. Y efectivamente, la exclusión de la imputación en caso de aminoración del riesgo se ha impuesto rápidamente [66].

44 Ciertamente la situación es distinta en caso de que alguien no debilite un peligro ya existente, sino que lo sustituya por otro, cuya realización en definitiva es menos dañosa para el sujeto que lo que hubiera sido el peligro inicial. Así si p.ej. alguien tira a un niño por la ventana de una casa que sufre un incendio y con ello le causa considerables lesiones, pero de esa manera le salva de la muerte entre las llamas; o si alguien encierra a otro, sin poder explicarle que es porque, tal como están las cosas, no hay otro medio para "quitarle de en medio" y preservarle así de un secuestro. Aquí el autor realiza acciones típicas de un delito, que le son imputables como realización del tipo, pero puede estar justificado por consentimiento presunto o por el § 34 [estado de necesidad] [67]. Naturalmente, en el caso concreto puede ser difícil la delimitación entre la disminución de uno y el mismo peligro y su canje por otro; pero el principio de distinción no se pone por ello en tela de juicio, ya que esa dificultad coincide con el problema, que se encuentra en todas partes, de delimitar tipo (clase) delictivo y excepción, tipo y antijuridicidad.

b) La exclusión de la imputación si falta la creación de peligro

45 Además hay que rechazar la imputación al tipo objetivo cuando el autor ciertamente no ha disminuido el riesgo de lesión de un bien jurídico, pero tampoco lo ha aumentado de modo jurídicamente considerable. A estos supuestos pertenece el ya mencionado caso de la tormenta (nm. 36), pero también cualquier otra incitación a realizar actividades normales y jurídicamente irrelevantes, como pasear por la gran ciudad, subir escaleras, bañarse, subir a la montaña, etc. Incluso aunque tales conductas en situaciones excepcionales puedan dar lugar a un accidente, el Derecho no toma en cuenta los mínimos riesgos socialmente adecuados que van unidos a ellas, por lo que de entrada no es imputable una causación del resultado producida por las mismas. Como

---

[66] Cfr. sólo Jescheck, AT[4], § 28 IV 1; LK[11]-Jescheck, antes del § 13, nm. 65; Otto, NJW 1980, 422; SK[5]-Rudolphi, antes del § 1, nm. 58; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 13, nm. 94; Stratenwerth, AT[3], nm. 224; Wessels, AT[23], § 6 II 5; OLG Stuttgart NJW 1979, 2573; Schlüchter, JuS 1976, 519 s.; Puppe, ZStW 92 (1980), 883 ss., desde su punto de vista (cfr. nm. 18) rechaza ya que haya una causación. Sobre la polémica con el punto de vista discrepante de Arm. Kaufmann, cfr. Roxin, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 237 ss.

[67] Igualmente Wessels, AT[23], § 6 II 5; Otto, NJW 1980, 422.

la provocación de una conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa no puede estar prohibida, no habrá una acción homicida típicamente delictiva aunque excepcionalmente tal actuación sea causal respecto de una lesión de un bien jurídico. Y lo mismo sucede si un peligro ya existente no es incrementado de modo mensurable. Por tanto, el viejo problema utilizado en las explicaciones de cátedra de si incurre en delito de inundación (§ 313) el sujeto que vierte un barreño de agua en las aguas turbulentas que están a punto de romper la presa, debe resolverse en el sentido de que ciertamente, y debido a la modificación del resultado (aunque sea extremadamente pequeña), se puede afirmar que existe causalidad (nm. 17), pero en cualquier caso esa conducta no se puede imputar al tipo del § 313 como provocación de una inundación; pues los peligros que quiere prevenir ese precepto penal no son aumentados al añadir una cantidad tan escasa de agua [68].

El principio de imputación de la creación o el aumento del riesgo coincide **46**
en lo sustancial con la teoría de la adecuación (nm. 31 ss.) y con el principio, desarrollado ya hace muchas décadas por Larenz [69] y Honig [70], de la pretendibilidad objetiva. Una conducta con la que no se pone en peligro de modo relevante un bien jurídico legalmente protegido, sólo podrá acarrear por casualidad el resultado, por lo que éste no se puede provocar finalmente de ese modo. Por ello, en cuanto al punto de vista desde el que se enjuicia la cuestión de la creación del peligro, rige también la prognosis objetivo-posterior (nm. 32) en la forma en que se ha impuesto en la teoría de la adecuación; es decir: todo depende de si un observador inteligente antes del hecho (*ex ante*) hubiera considerado que la correspondiente conducta es arriesgada o que aumenta el peligro. Y para ello también hay que dotar aquí al observador del eventual saber especial del autor concreto (cfr. nm. 32). Así pues, si alguien aconseja a otro que dé un paseo, sabiendo que en el camino está al acecho un asesino, naturalmente habrá que afirmar que hay una creación de peligro, y el hecho será punible como asesinato (§ 211) u homicidio (§ 212) si se mata al paseante. (Si el agente directo no está de acuerdo con el sujeto que da el consejo malintencionado, ambos serán castigados como autores accesorios independientes de un delito contra la vida.)

Los problemas prácticos que se producen para enjuiciar la creación de peligro no permi- **47**
tida, se plantean sobre todo en la actuación no dolosa. Por ello sólo se entrará a discutirlos en detalles en el contexto de los delitos imprudentes (§ 24, nm. 14 ss.).

---

[68] Cfr. sobre todo ello Roxin, Honig-FS, 1970, 136 ss. [= Problemas básicos, 1976, 131 ss.; N. del T.].
[69] Larenz, 1927.
[70] Honig, Frank-FS, 1930, t. I, 174 ss.

c) Creación de peligro y cursos causales hipotéticos

48 Un problema al que sólo en tiempos recientes se le ha prestado mayor atención [71] radica en la cuestión de si y, en su caso, hasta qué punto hay que tomar en consideración los cursos causales hipotéticos en el juicio sobre la creación o aumento del riesgo. Para la causalidad, como ya sabemos, en los delitos comisivos los cursos causales hipotéticos son irrelevantes por regla general (nm. 19, 30); no obstante, eso no impediría atribuirles un efecto excluyente de la imputación. En este campo sigue habiendo muchas cosas sin aclarar; pero al menos existe unanimidad sobre el caso más importante: la imputación de una realización antijurídica del tipo no puede excluirse porque estuviera dispuesto un autor sustitutivo, que en caso de fallar el agente hubiera asumido el hecho (principio de asunción) [72].

49 Por consiguiente, en casos de fusilamientos antijurídicos en la guerra el autor tampoco puede exonerarse desde puntos de vista de imputación (sobre la causalidad cfr. nm. 19) alegando que si se hubiera negado, otro habría llevado a cabo el fusilamiento. O quien hurta una cosa no puede apelar a que, si no, en la situación concreta otro hubiera sustraído indudablemente la cosa, por lo que el dueño de uno u otro modo la hubiera perdido. Ello se sigue de la idea, teleológicamente vinculante, de que el ordenamiento jurídico no puede retirar sus prohibiciones porque hubiera otro que también estuviera dispuesto a infringirlas [73]. De lo contrario se produciría la impunidad sólo porque en vez de **un** sujeto decidido a ejecutar el hecho hubiera varios dispuestos a ello —resultado evidentemente absurdo—. Por eso no se puede discutir en tales casos el incremento del peligro argumentando que el objeto de protección típico en cualquier caso estaría perdido y por tanto no podía seguir siendo puesto en peligro por el autor. El resultado realizado es la realización de un peligro creado exclusivamente por el autor, y eso es lo único que por la razón indicada puede tenerse en cuenta bajo aspectos normativos. Y del mismo modo que un autor doloso, un autor imprudente tampoco puede aducir que la lesión del bien jurídico causada por él, si no se hubiera dado, hubiera sido producida por el hecho imprudente de otro (BGHSt 30, 228; cfr. nm. 19).

50 Todo ello ha de ser igualmente válido para el caso de que el autor sustitutivo hubiera actuado jurídicamente [74]. Por tanto, quien tala un árbol ajeno, que el mismo propietario hubiera querido talar, o quien mata a una vaca ajena que de todos modos por razones de policía sanitaria hubiera tenido que ser sacrificada, sigue incurriendo en responsabilidad penal por delito de daños. Igual-

[71] Sobre todo desde el trabajo de Samson, "Hypotetische Kausalverläufe im Strafrecht", 1972.

[72] El término procede de Samson; cfr. Samson, 1972, 129-151.

[73] Cfr. sobre todo Samson, 1972, 137 ss.; SK[5]-Rupolphi, antes del § 1, nm. 60; Stratenwerth, AT[3], nm. 228; Kühl, JR 1983, 34.

[74] En contra Samson, 1972, 142 s. Como aquí, sin embargo, Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 13, nm. 98; Jescheck, AT[4], § 28 IV 2; W. Frisch, 1988, 565 ss.

mente, en un ejemplo muy conocido y utilizado en las explicaciones, debe condenarse por homicidio al que (estando en vigor la pena de muerte), actuando como persona privada, echa a un lado por la fuerza al verdugo y acciona en su lugar el funcionamiento de la silla eléctrica. Pues si el legislador sólo le permite una acción típica a determinadas personas o funcionarios, esa restricción sólo se puede imponer eficazmente si la prohibición se mantiene incólume frente a los demás. Sería algo que conduciría a situaciones intolerables el que, contra las reglas legales de competencia, cada cual ya pudiera "detener" impunemente a otros por el hecho de que la policía tenga la facultad de hacerlo en virtud de una orden judicial de arresto. Y no es una excepción a esa regla [75] el que en una situación de legítima defensa resulte impune quien lleva a cabo una acción lesiva de defensa que de lo contrario habría efectuado otro; pues en tal caso el agente está cubierto por la misma causa de justificación (legítima defensa de terceros) que hubiera amparado al autor sustitutivo.

En cambio, la imputación se excluye cuando el autor únicamente modifica una causalidad natural, sin empeorar la situación de la víctima en su conjunto. Samson [76] ha elaborado el siguiente caso: 51

F circula con su locomotora por un tramo de dos vías que está bloqueado por un desprendimiento de la montaña de tal modo que F ya no puede frenar a tiempo y se va a estrellar contra las rocas. A cambia las agujas, de manera que la locomotora es desviada desde la vía izquierda a la derecha, que está igualmente bloqueada por el mismo desprendimiento, y F muere en ese lugar.

En constelaciones de ese tipo no rigen las razones que excluyen la toma en consideración de causas sustitutivas humanas (nm. 48-50). Dado que en caso de disminución del riesgo (nm. 43) de todos modos los cursos causales hipotéticos se convierten en relevantes para la imputación, hay buenas razones que abogan por imputar la modificación de las causalidades naturales solamente si con ello el daño se aumenta o se anticipa en el tiempo, es decir, si se intensifica (principio de intensificación) [77]. Pues desde el punto de vista de la protección de bienes jurídicos es indiferente que la víctima muera en la vía izquierda o en la derecha, y la mera modificación de un suceso que emprende su curso fatal con independencia del autor no parece, en una valoración social, una acción de matar autónoma [78]. Si con su actuación el agente hubiera querido dañar adicionalmente a la víctima (p.ej. acelerar su muerte o aumentar una lesión), entonces, si sólo logra una modificación del resultado inocua, sigue quedando la posibilidad de castigar en su caso por tentativa. Esta solución también se puede transferir al caso de que un curso causal procedente

---

[75] Así, en cambio, aparentemente SK[5]-Rupolphi, antes del § 1, nm. 61.

[76] Samson, 1972, 98.

[77] Samson, 1972, 96 ss.

[78] Igual que aquí Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 13, nm. 98; E. A. Wolff, 1965, 22; en el resultado tb. Samson, 1972, 96 ss.; SK[5]-Rupolphi, antes del § 1, nm. 59 s.; Stratenwerth, AT[3], nm. 228 s.; en cambio, de otra opinión, Jescheck, AT[4], § 28 IV 2.

de una persona haya salido de su ámbito de dominio: por tanto, quien desvía un proyectil de modo que alcanza a la víctima en otra parte del cuerpo, pero con la misma intensidad y sin aumento del daño, quedará impune [79], o responderá sólo por tentativa de lesiones del § 223 a si quería empeorar la lesión.

52 Por otra parte existen reparos frente a una exclusión de la imputación en caso de que alguien no sólo modifique una causalidad natural, sino que la sutituya por una acción autónoma, p.ej. matando de un disparo a la víctima del caso del desprendimiento de la montaña (nm. 51) en el momento del choque mortal. En tales supuestos, que ciertamente apenas tendrán importancia práctica, también es muy frecuente rechazar la imputación porque la situación de la víctima no ha empeorado [80]. Sin embargo, la sustitución de una causalidad natural por una actuación humana, a diferencia de la mera modificación, aparece como acción lesiva autónoma; y el ordenamiento jurídico debería aferrarse al principio de que los daños a bienes jurídicos son punibles si no los ampara una causa de justificación expresa. Si fuera posible y no tuviera sanción matar violentamente a un condenado a muerte en el momento de su muerte, se vulneraría sin necesidad el tabú de matar, y eso no lo debería tolerar el ordenamiento jurídico.

53 Por tanto, se puede ver que los cursos causales hipotéticos a veces influyen sobre la creación del peligro y con ello sobre la imputación al tipo (nm. 43, 51), pero que en la mayoría de los casos las dejan intactas (nm. 48-50, 52). Ello no supone una contradicción en el concepto de la creación del peligro; pues decidir qué es un peligro jurídicamente relevante no es una cuestión de lógica o de ciencias naturales, sino de valoración políticocriminal, pero ésta conduce a las diferenciaciones expuestas.

54 Una concepción autónoma y distinta sobre la significación de los cursos causales hipotéticos para la imputación jurídicopenal es la desarrollada por Arthur Kaufmann [81], siguiendo a la jurisprudencia civil sobre reparación de daños. Su tesis es [82]: "Si la acción del autor que causa un resultado delictivo afecta a un objeto, en el que en ese momento una evolución conducente al mismo resultado ya ha alcanzado una medida tal que según el criterio humano era esperable la producción del resultado independientemente de la conducta antijurídica del autor, faltará el desvalor del resultado y con ello una parte del tipo de injusto". Esa falta del desvalor del resultado dará lugar a impunidad en los delitos imprudentes, y en los hechos dolosos (debido a la subsistencia del desvalor de acción), sólo a la pena de la tentativa. No obstante, hay que rechazar esta concepción [83]: pues la misma conduciría a que p.ej. se pudiera matar imprudentemente de modo impune a enfermos moribundos —lo que tendría graves

---

[79] Así tb. Samson, 1972, 144 s.

[80] Así sobre todo Samson, 1972, 110 ss., y siguiéndole, SK[5]-Rupolphi, antes del § 1, nm. 59 s.; Stratenwerth, AT[3], nm. 228 s.; de otra opinión y como aquí, sin embargo, Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 13, nm. 98; E. A. Wolff, 1965, 22; Jescheck, AT[4], § 28 IV 2; W. Frisch, 1988, 567.

[81] Arth. Kaufmann, Eb. Schmidt-FS, 1961, 200 ss.

[82] Arth. Kaufmann, Eb. Schmidt-FS, 1961, 229.

[83] Para una crítica detallada ver Roxin, ZStW 74 (1962), 425 ss. (= Grundlagenprobleme, 162 ss.) [= Problemas básicos, 1976, 161 ss.; N. del T.]. Arth. Kaufmann responde con una anticrítica en Jescheck-FS, 1985, 273 ss.

consecuencias para los deberes de cuidado de los médicos y del personal hospitalario— y que incluso el matarlos dolosamente sólo se pudiera castigar como tentativa. Y eso entra en contradicción con el principio de que el Derecho protege todo momento de vida humana y por ello ha de castigar en cualquier circunstancia como mínimo el acortamiento de la vida.

d) La exclusión de la imputación en los casos de riesgo permitido

Aunque el autor haya creado un riesgo jurídicamente relevante, sin embargo 55 la imputación se excluye si se trata de un riesgo permitido. El concepto de riesgo permitido se utiliza en múltiples contextos, pero sobre su significación y posición sistemática reina la más absoluta falta de claridad [84]. Un sector lo equipara total o ampliamente con la adecuación social [85], cargándolo con todas las polémicas que ya casi le han vuelto a privar a ese instituto jurídico del reconocimiento que en tiempos tuvo (para más detalles § 10, nm. 33 ss.). Otro sector lo separa precisamente de la adecuación social y lo utiliza para casos de consentimiento en una actuación imprudente [86] o como principio estructural común a diversas causas de justificación [87]. En ocasiones también se le niega toda relevancia al riesgo permitido en los delitos dolosos; y entonces sólo se lo reconoce como causa de justificación en delitos imprudentes, "a cuyo respecto, bajo el concepto de 'riesgo permitido' aquí ciertamente se albergan grupos de casos muy diversos, que se pueden volver a reconducir a las causas generales de justificación" [88]. Pero si se quiere solucionar los casos de riesgo permitido en el marco de las causas de justificación reconocidas, ya no es necesario ese concepto como instituto jurídico autónomo, por lo que cabría pensar en su total rechazo [89].

Aquí se va a entender por riesgo permitido una conducta que crea un riesgo 56 jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo [90]. Prototipo del riesgo permitido es la conducción automovilística observando todas las reglas del tráfico viario. No se puede negar que el tráfico viario constituye un riesgo relevante

---

[84] Cfr. las recientes monografías sobre el riesgo permitido de Kienapfel (1966), Meckel (1968), Preuß (1974), Rehberg (1962) y Roeder (1969). Una exposición muy diferenciada del riesgo permitido, que está aproximadamente en la línea aquí seguida, es la de Jakobs, AT², 7/35 ss. Le debo indicaciones esclarecedoras sobre el riesgo permitido a un trabajo inédito de mi colaborador Manuel Cortés Rosa.

[85] Cfr. p.ej. Engisch, DJT-FS, t. I, 1960, 417 ss.; Welzel, StrafR¹¹, 132 [= PG, 1987, 188; N. del T.]. Sobre ello tb. Kienapfel, 1966, 10.

[86] Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 32, nm. 102 (junto a otros casos).

[87] Jescheck, AT⁴, § 36 I 1, adhiriéndose a Maiwald, Jescheck-FS, 1985, 405 ss.

[88] Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 32, nm. 107 b. Ya Binding, que introdujo la idea del riesgo medido en la discusión jurídicopenal (Normen, t. IV, 1919, 433 ss.), puso en conexión con este concepto prácticamente todo el campo de la justificación de hechos imprudentes.

[89] Así sobre todo Kienapfel, 1966; LK¹⁰-Hirsch, antes del § 32, nm. 33.

[90] Junto a esto, ciertamente también hay causas de justificación por riesgo permitido; para más detalles ver *infra* § 18.

para la vida, salud y bienes materiales, cosa que prueba irrefutablemente la estadística de accidentes. No obstante el legislador permite el tráfico viario (en el marco de determinadas reglas de cuidado) porque lo exigen intereses preponderantes del bien común. Pero a diferencia de la causa de justificación de estado de necesidad (§ 34), aquí no se precisa una ponderación de intereses en el caso concreto que pueda llevar a diversos resultados según el peso de los intereses en conflicto, la proximidad del peligro, etc. Por el contrario, la autorización de la conducción automovilística se basa en una ponderación global, que (si se respetan todas las normas del tráfico) ya no deja surgir el tipo delictivo. Es decir, que la conducción de un automóvil está permitida aunque en el caso individual no persiga intereses superiores (así si p.ej. se realiza por mero aburrimiento) o incluso aunque sirva a intereses reprobables (p.ej. la preparación de un delito), de tal manera que una ponderación según los principios de justificación tendría que resultar contraria a la autorización de tal conducta. Por tanto, como el mantenimiento dentro del riesgo permitido impide la imputación al tipo objetivo, la causación de una lesión de un bien jurídico que se produzca pese a observar todas las reglas del tráfico no es una acción típica. Por ello, si A es atropellado por B pese a observar el cuidado necesario en el tráfico, B ciertamente habrá causado la muerte de aquél, pero no le ha matado en el sentido de los §§ 212 y 222. Sólo el hecho de rebasar el riesgo permitido crea un peligro, cuya realización hace imputable el resultado como acción típica.

57 Dentro del ámbito del riesgo permitido entran todo el tráfico público (por tanto también el tráfico aéreo, ferroviario y marítimo-fluvial), el funcionamiento de instalaciones industriales (especialmente las plantas peligrosas), la práctica de deportes que implican riesgo, las intervenciones médicas curativas en el marco de la *lex artis*, etc. La delimitación del riesgo permitido respecto de los casos en que no se crea en absoluto un riesgo relevante (nm. 45 s.) no siempre es fácil, tanto más cuanto que la elaboración dogmática de esta figura jurídica se halla aún en sus inicios. Dichas inseguridades y fluidas transiciones carecen de consecuencias prácticas para la teoría de la imputación, ya que tanto la falta de creación de peligro como la causación dentro del marco del riesgo permitido impiden por igual la realización del tipo objetivo. Pero en todo caso un punto de apoyo sustancial es el establecimiento de reglas de cuidado como las que existen en el tráfico, o para el funcionamiento de instalaciones técnicas, para la práctica de deportes peligrosos, etc.; pues la regulación normativa de precauciones de seguridad es prueba de la existencia de un riesgo jurídicamente relevante [91].

---

[91] Una delimitación más en detalle se hará al tratar los delitos imprudentes, cfr. *infra* § 24, nm. 14 ss.

58 También es atípica la provocación de cursos causales en el marco del riesgo permitido. Por eso, en el conocido caso, utilizado en las explicaciones, de que A persuade a B para que realice un viaje en avión con la esperanza, que luego efectivamente se cumple, de que aquél se estrelle, no se realiza el tipo objetivo del § 212. Y lo mismo sucede en el caso, más realista, de que alguien motive a otro a dedicarse a profesiones o deportes peligrosos. Por mucho que con ello persiga malas intenciones, ello no es jurídicamente (p.ej. como tentativa de homicidio) abarcable.

3. Realización del riesgo no permitido

a) La exclusión de la imputación si falta la realización del peligro

59 La imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se haya realizado precisamente el riesgo no permitido creado por el autor. Por eso está excluida la imputación, en primer lugar, si, aunque el autor haya creado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado se produce, no como efecto de plasmación de ese peligro, sino sólo en conexión casual con el mismo. Aquí se cuentan sobre todo los casos en que un delito doloso en un primer momento se queda en fase de tentativa, pero después acaba provocando el resultado como consecuencia de un curso causal imprevisible; un ejemplo de ello nos lo da el caso demostrativo (nm. 37, 39) en que la víctima de una tentativa de homicidio no muere en el propio atentado, sino en un incendio en el hospital. Ya Engisch [92] había propuesto "situar junto a la causalidad la realización del peligro como elemento no escrito del tipo". Así pues, en el caso de partida el autor ha creado ciertamente un peligro para la vida de la víctima y también ha causado su muerte; pero como no se le puede imputar ese resultado porque éste no supone la realización del peligro creado, sólo habrá cometido una acción homicida intentada, y no consumada. Y esto no es, como cree la opinión tradicional, un problema de dolo (cfr. nm. 37), sino una cuestión de realización del tipo objetivo [93]. El examen de la realización del peligro es previo, de tal manera que el curso de los hechos realmente producido debe medirse en un segundo juicio de peligro que hay que efectuar tras concluir la acción del autor. Es decir, que en el caso del ejemplo hay que preguntar si el disparo

---

[92] Engisch, 1931, 68.

[93] Así, con especial claridad, Wolter, ZStW 89 (1977), 649 ss. Esta concepción se está imponiendo también paulatinamente en la manualística, dado que frecuentemente se destaca que la cuestión del dolo sólo se puede plantear cuando se pueda afirmar la imputación objetiva: Jescheck, AT[4], § 29 V 6 b; Maurach/Zipf, AT/1[8], 23/28; Schmidhäuser, LB AT[2], 10/44; idem, StuB AT[2], 7/51; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 13, nm. 96; SK[5]-Rudolphi, § 16, nm. 31; Wessels, AT[23], § 7 IV 3; cfr. tb. Stratenwerth, AT[3], nm. 278; W. Frisch, 1988, 455 ss.; similar Kratzsch, GA 1989, 71; para más detalles idem, Verhaltenssteuerung, 1985, 302 ss. Sobre la cuestión de hasta qué punto sigue quedando sitio junto a esto para criterios autónomos de imputación al dolo, cfr. *infra* § 12, nm. 139 ss. Contra una imputación objetiva en el delito doloso, Arm. Kaufmann, Jescheck-FS, 1985, 251; en contra nuevamente Roxin, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 237.

efectuado por el autor ha aumentado el peligro de una muerte en un incendio de modo jurídicamente mensurable; y a tal efecto hay que aplicar el mismo criterio que en el primer juicio de peligro. Pues bien, como la cuestión debe contestarse negativamente —una estancia en un hospital no fundamenta un peligro relevante de ser víctima de un incendio accidental en el mismo—, hay que negar la realización del peligro y la imputación del resultado.

60 De ello se deriva, a la inversa, que son despreciables las desviaciones causales y por tanto hay que imputar el resultado si la acción de la tentativa ha aumentado el peligro del curso causal subsiguiente de modo jurídicamente relevante y por tanto el resultado es una realización adecuada del peligro creado por la tentativa. Así ocurre en el conocido caso en que un sujeto quiere tirar al agua desde un puente elevado a una persona que no sabe nadar para que se ahogue, pero ésta se estrella y se desnuca contra la base de un pilar del puente. Ese peligro estaba de antemano unido a la caída desde el puente; y por tanto el resultado no es casual y pese a la desviación causal debe imputársele al autor como acción de homicidio consumada. Lo mismo sucede si alguien quiere matar a otro con un hacha, pero éste no muere de los hachazos, sino por una infección de las heridas provocada por aquéllos (RGSt 70, 258). En la muerte por infección también se realiza un peligro creado por los hachazos, y por tanto el resultado es obra del asesino. Asimismo hay que imputar el resultado al autor en el caso en que un herido inconsciente sufre un vómito y se ahoga con su propia materia estomacal (BGHSt 24, 213). En el "caso del delirio sangriento" (BGHSt 7, 325) la autora había querido matar a la víctima con un martillo; los martillazos inicialmente no mortales la pusieron en un estado de delirio a causa de la sangre, que la hizo inimputable y en cuyo estado mató entonces a la víctima con un hacha. Aquí también se ha realizado sólo un peligro que ya estaba dispuesto de antemano en la sangrienta acción de tentativa (similar BGHSt 23, 133, caso en el que por la tentativa de asesinato y ya antes de la lesión de la víctima se había llegado a una amnesia pasional que excluía la capacidad de culpabilidad, y en ese estado la autora mató a la víctima a cuchilladas). En cambio, no es posible condenar a un intermediario por importación consumada de estupefacientes si le hurtan el hachís y el mismo es posteriormente introducido por el ladrón (BGHSt 38, 32).

61 Para enjuiciar la cuestión de si se ha realizado un peligro creado por el autor, en el caso concreto puede ser necesario efectuar sutiles investigaciones. Así p.ej., si alguien llega a un hospital con un envenenamiento vitamínico causado imprudentemente por su farmacéutico y allí muere por una infección gripal de la que no es responsable el hospital (cfr. nm. 108 ss.) (OLG Köln NJW 1956, 1848), la imputación del resultado depende de si la infección y la muerte por gripe son una consecuencia del debilitamiento orgánico del paciente condicionado por el envenenamiento. En caso afirmativo, se habrá rea-

lizado el peligro creado por el farmacéutico y debe castigarse a éste por homicidio imprudente. En cambio, si la gripe ha conducido a la muerte "independientemente del debilitamiento por el... envenenamiento vitamínico", en el primer causante sólo concurren unas lesiones imprudentes (así tb. OLG Köln, cit.). Correlativas investigaciones habrá que efectuar en caso de que la víctima de un accidente, que primero había tenido que ser alimentada artificialmente, posteriormente muere durante la convalecencia por ahogarse al tragar un alimento (OLG Stuttgart NJW 1982, 295) [94].

Si a causa de la realización del peligro debe producirse la imputación al tipo objetivo, sin embargo con ello aún no está decidida *eo ipso* la imputación al tipo subjetivo, ya que la realización del tipo objetivo deja abierta la posibilidad de que sólo haya una provocación imprudente del resultado. No obstante, como por regla general la imputación al tipo subjetivo tampoco requiere más que la realización de un peligro creado dolosamente para que se cumpla el tipo (para más detalles al respecto y sobre las excepciones, § 12, nm. 139 ss.), en todos los ejemplos citados en nm. 60 debe castigarse por homicidio doloso consumado. **62**

b) La exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido

En los casos de riesgo permitido la imputación al tipo objetivo presupone que se rebase el límite de la autorización y con ello la creación de un peligro no permitido. Pero así como en la creación usual de peligro la consumación requiere además la realización del peligro, en caso de riesgo no permitido la imputabilidad del resultado depende adicionalmente de que en el mismo se haya realizado precisamente ese riesgo no permitido. Y eso falta en muchos supuestos [95], en los que en concreto se puede volver a efectuar diversas graduaciones. **63**

El caso relativamente más sencillo es el de que la superación del riesgo permitido sencillamente no repercuta sobre el resultado en su concreta configuración. **64**

Ejemplo (modificación de RGSt 63, 211): El director de una fábrica de pinceles suministra a sus trabajadoras pelos de cabra china para su elaboración, sin desinfectarlos previamente como estaba prescrito. Cuatro trabajadoras se infectan con bacilos de carbunco y mueren. Una investigación posterior da como resultado que el desinfectante prescrito hubiera sido ineficaz contra ese bacilo, no conocido hasta ese momento en Europa.

Aquí el autor, al omitir la desinfección, en un enjuiciamiento *ex ante* ha creado un gran peligro, pero el mismo, como posteriormente se ha podido

---

[94] Ver al respecto Ebert, JR 1982, 421.

[95] Cfr. sobre esos casos Roxin, Gallas-FS, 1973, 242 [= Problemas básicos, 1976, 182 ss.; N. del T.]; SK^5-Rudolphi, antes del § 1, nm. 63; Schmidhäuser, LB AT^2, 8/49; idem, StuB AT^2, 6/117 ss.; Wolter, 1981, 342 ss.; Eberth/Kühl, Jura 1979, 565, 571, 573 ss.

comprobar, no se ha realizado. Si se le imputara el resultado, se le castigaría por la infracción de un deber, cuyo cumplimiento hubiera sido inútil. Y eso lo prohíbe el principio de igualdad; pues si el curso de los hechos coincide totalmente con el que se hubiera producido manteniéndose dentro del riesgo permitido, tampoco se puede manejar de modo distinto la imputación del resultado [96]. Por tanto, si el fabricante hubiera tenido dolo homicida, sólo podría ser castigado por tentativa; y en el caso más verosímil de mera imprudencia se produciría la impunidad.

65 En otros supuestos de hecho, la infracción del deber que rebasa el riesgo permitido ciertamente es causal para el resultado, pero el riesgo de producción del resultado no se ha aumentado por la superación o exceso.

Ejemplo [97]: El autor rebasa la velocidad máxima permitida, pero poco después vuelve a observar la velocidad prescrita. Entonces atropella a un niño que había salido repentinamente detrás de un automóvil, metiéndose delante de su coche; y el accidente es objetivamente inevitable para el conductor.

En constelaciones como esa el accidente ha sido causado no sólo por la (permitida) conducción del automóvil en sí misma, sino precisamente también por rebasar la velocidad máxima; pues sin ella el vehículo no hubiera estado en ese lugar y sitio preciso al cruzar el niño la calle, y no hubiera sucedido nada. Pese a ello, en este caso tampoco se ha realizado el riesgo específico que es inmanente al exceso de velocidad [98]. Pues por una conducción demasiado rápida no se aumenta lo más mínimo el riesgo de que se produzca un accidente en una conducción nuevamente reglamentaria; de ese modo también puede igualmente evitarse un posterior atropello, porque el coche haya pasado ya de largo por el potencial lugar del accidente. La prohibición de exceso de velocidad no quiere impedir que los automóviles pasen en un determinado momento por un determinado lugar. Por tanto, el haber corrido el riesgo prohibido sólo por casualidad ha dado lugar al accidente, de modo que se excluye la imputación del resultado; y para ello no es precisa una clase especial de comprobación de la causalidad, con la que muchas veces quiere la jurispr. solucionar tales casos (cfr. nm. 9).

---

[96] Roxin, ZStW 74 (1962), 432, 437 s. (= Grundlagenprobleme, 170, 175) [Problemas básicos, 1976, 168, 173; N. del T.]. Esta conclusión goza de reconocimiento casi general; sin embargo, contra mi argumentación a partir del "principio del tratamiento igual" Küper, Lackner-FS, 1987, 256; expresamente a favor Sch/Sch/ Lenckner[24], antes del § 13, nm. 99. Küper (cit., 263 ss.) pretende negar en tales casos el desvalor del resultado y aceptar un riesgo permitido (un peligro tolerado) pese a la infracción de la prohibición por la conducta del autor. W. Frisch, 1988, 529 ss. (534), opina que el resultado "ya no es apropiado para dejar claro en las consecuencias del hecho el desvalor de la conducta y el sentido de la observancia de los requisitos exigibles a la conducta". En cuanto a la conclusión, de otra opinión en lo sustancial sólo Spendel, JuS 1964, 14 ss., así como para determinadas constelaciones Ranft, NJW 1984, 1429, y Krümpelmann, Jescheck-FS, 1985, 331.

[97] En Wolter, 1981, 342 s.

[98] Instructiva la sent. BGHSt 33, 61; crít. Ebert, JR 1985, 356; Puppe, JZ 1985, 295; diferenciando R. Peters, JR 1992, 50; frente a lo sostenido por el BGH, la solución aquí no puede depender de si el conductor marchaba demasiado rápido al producirse la "situación de tráfico crítica".

66 Lo mismo rige en caso de que se origine un accidente porque durante un adelantamiento prohibido se rompe una rueda del vehículo que adelantaba debido a un defecto de material no reconocible (BGHSt 12, 79); pues en ese suceso se ha realizado, no el peligro que radica en el adelantamiento prohibido, sino una circunstancia fortuita (casual) para el conductor: aun conduciendo correctamente, en cualquier momento la rueda también se habría podido romper y causar un accidente.

67 A veces la superación del riesgo permitido ciertamente no es totalmente irrelevante para el resultado concreto, pero no obstante el curso del hecho era tan atípico que ya no se puede contemplar como realización del riesgo prohibido.

Ejemplo: una persona muere de un ataque cardíaco porque otro le adelanta incorrectamente (OLG Stuttgart VRS 18 [1960], 356) o porque otro causa un leve accidente en un choque (OLG Karlsruhe JuS 1977, 52).

El peligro de que alguien sufra un ataque cardíaco por sustos se incrementa en todo caso, aunque de modo no considerable, por una forma incorrecta de conducir. Pero el incremento es demasiado escaso para que el resultado aparezca como imputable. El fin de las normas de tráfico no es impedir daños anímicos, sino más bien daños directamente corporales; y esos peligros no se han realizado, por lo que ciertamente se podrá castigar en su caso a los autores por puesta en peligro del tráfico viario (§ 315 c) o por daños (§ 303), pero no por un delito de homicidio.

c) La exclusión de la imputación en caso de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado [99]

68 Finalmente también hay casos en los que la superación del riesgo permitido de entrada ha aumentado claramente el peligro de un curso del hecho como el que luego se ha producido, pero pese a ello no puede tener lugar la imputación del resultado.

Ejemplo 1 (RGSt 63, 392): Dos ciclistas marchan de noche uno tras otro sin alumbrado en las bicicletas. El ciclista que iba delante, debido a la falta de iluminación, choca con otro ciclista que venía de frente. El accidente se podría haber evitado sólo con que el ciclista de atrás hubiera llevado su vehículo con iluminación.

Ejemplo 2 (modificación de BGHSt 21, 59): Un dentista le extrae dos muelas a una mujer bajo anestesia total, y ésta muere de un fallo cardíaco. Aunque ella le había avisado antes de que tenía "algo de corazón", el dentista había omitido hacer intervenir a un internista, como requería el cuidado debido. Sin embargo, se puede suponer que en la exploración por un internista no se habría descubierto la dolencia cardíaca; pero lo que sí es cierto es que, debido al retraso que hubiera causado el reconocimiento por el internista, la mujer en todo caso hubiera muerto más tarde.

---

[99] *Sobre el nexo con el fin de la norma, avanzando en la investigación desde el punto de vista* de la concurrencia de riesgos, Jakobs, AT², 7/72 ss.

69 En estos casos, la conducción prohibida del segundo ciclista con una bicicleta sin alumbrado ha aumentado considerablemente el peligro de que el primer ciclista causara un accidente, al igual que desde el principio era reconocible que la intervención de un internista como mínimo aplazaría los riesgos de una intervención. Pese a todo no tiene sentido la imputación del resultado: pues el fin del precepto que impone la iluminación consiste en evitar accidentes que procedan directamente de la propia bicicleta, pero no en que se ilumine a otras bicicletas y se eviten sus choques con terceros [100]; e igualmente, el deber de consultar a un internista no tiene la finalidad de provocar un aplazamiento de la intervención y de ese modo prolongar al menos a corto plazo la vida del paciente. Por eso no se ha realizado el peligro que quería prevenir el precepto de cuidado infringido, y ahí fracasa la imputación del resultado.

70 Así pues, con la realización del riesgo no permitido (nm. 63 ss.) sucede algo ligeramente distinto que con la realización general del peligro (nm. 59 ss.), que sólo depende de la adecuación o previsibilidad del curso causal. Es cierto que para la cuestión de la realización del riesgo no permitido también es importante si la conducta no cuidadosa tiene repercusiones causales (nm. 64) y si esas repercusiones han aumentado el riesgo (nm. 65 s.) o si el aumento alcanza una medida relevante (nm. 67). Pero también allí donde el curso causal esté en un nexo perfectamente adecuado con el riesgo no permitido, aún quedará excluida la imputación del resultado si la evitación de tales consecuencias no es el fin de protección, sino sólo un reflejo de la protección del deber de cuidado (nm. 68 s.) [101].

71 De todos los grupos de casos de falta de realización del riesgo no permitido o, como también se lo formula, de falta de "nexo de riesgo" se puede incluso decir que el fin de protección de la norma no abarca la concreta forma de producción del resultado. En efecto, el fin del mandato de desinfección no exige una utilización inútil (nm. 64), el fin de la limitación de velocidad no tiene el sentido de mantener a los vehículos alejados de determinados lugares de la vía (nm. 65), etc. Sólo hay que ser consciente de que en la realización del riesgo no permitido se trata siempre del **fin de protección de la norma de cuidado limitadora del riesgo permitido** (del mandato de iluminación, del deber de consultar a un médico especialista, etc.), y **no** del fin de protección del tipo penal. En cambio, los casos propiamente dichos de exclusión de la imputación por el fin de protección del tipo son aquellos en que la norma típica (la prohibición de matar, lesionar, dañar, etc.) no abarca de antemano determinadas conductas y consecuencias. Estos supuestos se discuten aquí desde la perspectiva del "alcance del tipo" (*infra* nm. 85 ss.), y, contra lo que

[100] Igual Jescheck, AT[4], § 55 II 2 b bb; cfr. tb. Schlüchter, JuS 1977, 108.
[101] Efectúa un cuidadoso análisis, valorando un amplio material jurisprudencial, Krümpelmann, Bockelmann-FS, 1979, 443 ss.

mayoritariamente se hace, no deberían mezclarse [102] con los casos en los que la imputación se excluye ya porque el fin de protección de los mandatos de cuidado no cubre el resultado producido [103].

d) Conducta alternativa conforme a Derecho y teoría del incremento del riesgo

El problema más discutido desde la postguerra en conexión con la idea de 72
riesgo se refiere a la cuestión de si se debe imputar un resultado cuando mediante una conducta alternativa conforme a Derecho el mismo hubiera sido evitado, no con seguridad, sino sólo probable o posiblemente.

Ejemplo (BGHSt 11, 1): El conductor de un camión quiere adelantar a un ciclista, pero al hacerlo no guarda la distancia de separación lateral requerida, por acercarse a unos 75 cm. del mismo. Durante el adelantamiento el ciclista, que iba fuertemente bebido, gira la bicicleta a la izquierda por una reacción de cortocircuito provocada por el alcohol y cae bajo las ruedas traseras del remolque. Se comprueba que probablemente (variante: posiblemente) el accidente también se habría producido aunque se hubiera guardado una distancia de separación lateral suficiente según las normas de tráfico.

Está ampliamente aclarada la cuestión, ya tratada (nm. 64), de que se excluye la imputación si la conducta alternativa conforme a Derecho hubiera conducido con seguridad al mismo resultado; pues entonces no se ha realizado la superación del riesgo permitido en el curso real del acontecimiento. En cambio, en el caso del ejemplo, según la concepción aquí mantenida, es obligada la imputación, porque una conducción correcta habría salvado la vida del ciclista, cierto que no con seguridad, pero sí posiblemente, y por tanto la superación del riesgo permitido por no guardar la distancia de separación lateral ha incrementado de modo jurídicamente relevante la posibilidad de un accidente mortal.

Ello se basa en la siguiente reflexión: Si a pesar de guardar la distancia 73
requerida el ciclista hubiera muerto, también se habría realizado en ese curso del hecho un riesgo como el que siempre existe en los adelantamientos; pero de ese riesgo le hubiera liberado al conductor el legislador al autorizarlo, por lo que el resultado no sería imputable. Si por el contrario el autor rebasa el riesgo permitido y se produce entonces el resultado como consecuencia del peligro existente en el adelantamiento, el mismo es imputable como realización de un peligro prohibido. No existe entonces ningún motivo para liberar también aquí al autor del riesgo y absolverle; pues el límite máximo del riesgo

[102] También es controvertido hasta qué punto es necesario, si lo es, operar con el concepto del fin de protección; cfr. p.ej. W. Frisch, 1988, 80 ss.

[103] Yo mismo, en otro trabajo anterior (Gallas-FS, 1973, 242 ss.) [= Problemas básicos, 1976, 181 ss.; N. del T.], he separado el fin de protección del tipo y el fin de protección de la norma de cuidado (en ese sentido tb. Wolter, 1981, 341 ss.). Sin embargo, ahora me parece mejor, por razones de claridad terminológica, utilizar el "alcance del tipo" como término más adecuado para evitar confusiones; junto a éste se seguirá utilizando también el concepto del fin de protección cuando en el contexto no sea susceptible de malentendidos.

tolerable lo traza la distancia legal de separación lateral. Y todo incremento de ese riesgo hace recaer las consecuencias sobre el autor.

74 Esta "teoría del incremento del riesgo" fundada por mí [104] ha encontrado un creciente número de adeptos [105] en la doctrina. A otra conclusión llegan en cambio la jurispr. [106] y una parte de la doctrina [107]. El BGH dice (BGHSt 11, 1): "Sólo se puede aceptar que una conducta infractora de las reglas de tráfico es causal respecto de un resultado dañoso si es seguro que con una conducta correcta en el tráfico no se habría producido el resultado". En caso contrario, se argumenta también en la doctrina, no es seguro que se haya realizado el peligro no permitido y en virtud del principio *"in dubio pro reo"* el autor debe ser absuelto. Esto es incorrecto, ya que no es lícito dividir un riesgo en una parte permitida y otra no permitida y averiguar separadamente para cada una la realización del peligro [108]. Si el autor rebasa el riesgo permitido y con ello sigue incrementando el riesgo que precisamente aún era tolerable, crea un riesgo en conjunto sencillamente prohibido. Y ese riesgo prohibido en su totalidad también se realiza si se produce el resultado; de ello no cabe la menor duda, por lo que no hay campo de aplicación para el principio *in dubio pro reo.*

75 El que no se puede descomponer el riesgo en un *quantum* permitido y otro prohibido y exigir una comprobación de la causalidad separada para cada uno, es algo que se sigue necesariamente del fin de protección de la norma de cuidado, que también es en otros casos tan importante para la cuestión de si se ha realizado un peligro no permitido (nm. 69-71). En efecto, el legislador tiene que insistir también en el cumplimiento de la norma de cuidado precisamente allí donde su observancia ciertamente aumenta claramente la posibilidad de salvaguarda del bien jurídico, pero no la garantiza con absoluta se-

---

[104] Roxin, ZStW 74 (1962), 411 ss. (= Grundlagenprobleme, 147 ss.) [Problemas básicos, 1976, 149 ss.; N. del T.]; idem, ZStW 78 (1966), 214 ss.

[105] Entre otros, Burgstaller, 1974, 135 ss.; WK-Burgstaller, § 6, nm. 74 s., § 80, nm. 75; Ebert/Kühl, Jura 1979, 572 s.; Jescheck, AT[4], § 55 II 2 b aa; Lackner[20], § 15, nm. 44; Kienapfel, ZVR 1977, 11 ss.; Küper, Lackner-FS, 1987, 282; Kahlo, GA 1987, 66; Otto, JuS 1974, 708; Puppe, ZStW 95 (1983), 287 ss.; eadem, ZStW 99 (1987), 595 ss.; SK[5]-Rudolphi, antes del § 1, nm. 65 ss.; Rudolphi, JuS 1969, 554; Schaffstein, Honig-FS, 1970, 171; Schünemann, JA 1975, 582 ss., 647 ss.; idem, GA 1985, 354; idem, StrV 1985, 229; Stratenwerth, AT[3], nm. 1029; idem, Gallas-FS, 1973, 227; Walder, SchwZStr 93 (1977), 160; Wolter, 1981, 334 ss.; Brammsen, MDR 1989, 123. Similar: Kahrs, 1968, 236; Seebald, GA 1969, 213; Maurach/Gössel, AT/2[7], 43/105 ss.; Lampe, ZStW 101 (1989), 3 ss.

[106] BGHSt 11, 1; 21, 59; 24, 31; OLG Karlsruhe JR 1985, 479 (con Com. de Kindhäuser) deja planteada la cuestión.

[107] Bockelmann/Volk, AT[4], § 20 B I 4 c; Fincke, 1977, 46 ss., 60 ss., 70 ss.; W. Frisch, 1988, 537 ss.; Jakobs, AT[2], 7/98 ss.; idem, ZStW-Beiheft 1974, 26 ss.; LK[10]-Schroeder, § 16, nm. 190; Prittwitz, 1993, 323 ss.; Schlüchter, JuS 1977, 107 s.; eadem, JA 1984, 676; Sch/Sch/Cramer[24], § 15, nm. 171 ss.; Samson, 1972, 153 ss.; SK[5]-Samson, apénd. al § 16, nm. 26 ss.; Ulsenheimer, 1965, 134 ss.; idem, JZ 1969, 364 ss. Predominantemente crítico tb. Toepel, 1992, 136 ss.

[108] SK[5]-Rudolphi, antes del § 1, nm. 68; Küper, Lackner-FS, 1987, 286; Struensee, GA 1987, 104.

guridad. Así p.ej. si en una operación arriesgada pero médicamente indicada el cirujano provoca la muerte del paciente por burdos errores técnicos, según la opinión contraria tendría que quedar impune porque, aunque se hubiera llevado a cabo una operación *lege artis*, tampoco se podría excluir la posibilidad de un desenlace mortal. Y eso significaría renunciar a toda exigencia de cuidado precisamente en los supuestos en que se requiere un cuidado especialmente grande [109].

El segundo argumento que se aduce junto al principio *in dubio pro reo* **76**
contra la teoría del incremento del riesgo, consiste en que ésta transforma los delitos de resultado, en contra de la ley, en delitos de peligro. Esta objeción es incorrecta, ya que la imputación de un resultado **al** tipo objetivo **siempre** se produce solamente mediante una puesta en peligro creada por el autor [110]. La diferencia entre delitos de lesión y de peligro radica sólo en que en los delitos de lesión el peligro no permitido se realiza en un resultado lesivo típico, mientras que en los delitos de peligro el peligro sólo se realiza en un resultado de puesta en peligro que se determina según diversas exigencias. Pero ya se ha mostrado que en los casos de conducta alternativa conforme a Derecho concurriendo un incremento del riesgo se ha plasmado un riesgo prohibido en un resultado lesivo típico [111].

La cuestión de si concurre un incremento del riesgo debe juzgarse, como **77**
también en general la realización del peligro, *ex post* [112]. Es decir, que han de considerarse todas las circunstancias que posteriormente resulten conocidas, como la embriaguez del ciclista, la distancia exacta de separación, o la velocidad del camión. Sobre la base de ese supuesto de hecho, a continuación hay que examinar si la observancia del riesgo permitido habría disminuido el peligro para el ciclista, o sea si habría incrementado sus posibilidades de salvar la vida. Para ello hay que enjuiciar el incremento del riesgo conforme a criterios normativos, es decir que hay que "examinar si la norma formulada *ex ante*, operando también sobre la base del conocimiento *ex post*, puede seguir

---

[109] Debido a lo intolerable de esa conclusión, también la rechaza una parte de los adversarios de la teoría del incremento del riesgo, en cuanto que para la absolución no consideran suficiente la mera posibilidad de que el resultado también se hubiera producido aun con una conducta conforme al deber. Así Arth. Kaufmann, Jescheck-FS, 1985, 281, quiere que se atienda a si incluso en ese caso el resultado hubiera sido "predominantemente probable"; W. Frisch, 1988, 546 ss., quiere apoyar la posibilidad de producción del resultado en caso de conducta alternativa conforme a Derecho, con su consiguiente efecto absolutorio, no "en el riesgo restante estadístico general, sino en puntos de apoyo específicos del caso concreto", cuya presencia "fundamenta ya un peligro concreto de produción del resultado" (p. 549). Ahora bien, tales soluciones intermedias, que operan con probabilidades sólo se pueden discutir si se abandonan los argumentos principales contra la teoría del incremento del riesgo —o sea, que infringe el principio *in dubio* (nm. 74) y que transforma delitos de lesión en delitos de peligro (nm. 76)— y se acepta así en principio su punto de partida.

[110] Cfr. Stratenwerth, Gallas-FS, 1973, 237 s.; Wolter, 1981, 36 s.

[111] En este sentido tb. Küper, Lackner-FS, 1987, 286.

[112] Contundentemente al respecto Stratenwerth, Gallas-FS, 1973, 227 ss.

siendo reconocida como una prohibición con sentido y que reduce el riesgo del resultado (y en ese caso, imputación del resultado), o si, partiendo del nuevo estado de los conocimientos, la misma parece *in concreto* inidónea o al menos impracticable (y en tal caso no habrá imputación del resultado)" [113]. Sin embargo, en ese enfoque normativo ciertamente se tomará en consideración el resultado de una comparación "naturalístico-estadística" entre la conducta real y la hipotética.

78 Incluso entre los partidarios de la teoría del incremento del riesgo es polémica la cuestión de cuál debe ser la decisión cuando no se pueda comprobar si la conducta prohibida ha creado un peligro mayor que el que hubiera supuesto la observancia del riesgo permitido. En este caso la mayoría de los defensores de la teoría del incremento del riesgo pretende acudir al principio *in dubio pro reo* y en virtud de su aplicación rechazar que haya un incremento del riesgo y por tanto también la imputación del resultado [114]. Sin embargo, frente a esto hay que insistir en que el ordenamiento jurídico no tiene ningún motivo para tolerar siquiera una conducta que **posiblemente** rebase los riesgos dados en caso de observar las normas de cuidado. ¡Piénsese en el caso de que un médico, despreciando la *lex artis*, aplique un procedimiento curativo no ortodoxo que provoca la muerte del paciente! ¿Por qué no se le va a imputar el resultado si posteriormente resulta que la observancia de la *lex artis* probablemente habría disminuido considerablemente el riesgo para el paciente, pero que la disminución del riesgo en caso de cumplimiento de la *lex artis* no se puede comprobar con seguridad? ¡Las reglas de cuidado exigen su observancia incluso cuando su incumplimiento, no con seguridad, pero sí probable o posiblemente aumenta los peligros para la víctima [115]! No obstante, hay que ser consciente de que esta polémica no afecta a la corrección de la teoría del incremento del riesgo en sí misma, sino sólo a la cuestión de si su aplicación a un determinado y reducido grupo de casos conduce o no a la imputación del resultado.

79 Los casos de conducta alternativa conforme a Derecho están próximos a las constelaciones en las que los cursos causales hipotéticos resultan relevantes para la imputación (nm. 53). Pero se diferencian de ellos en que no se trata de una causalidad ya predispuesta realmente, sino sólo de una causalidad hipotética imaginada a efectos comparativos y que sirve para conseguir un juicio normativo de incremento del peligro (nm. 77). En la praxis los casos de incremento del riesgo se refieren mayoritariamente a los delitos imprudentes; sin embargo, las reglas de imputación expuestas tienen teóricamente la misma validez para los delitos dolosos. Así p.ej., si en el caso de los pelos de cabra (nm. 64) el patrono hubiera omitido a propósito la desinfección para quitar de en medio de ese modo a un trabajador que le caía mal, en caso de que posteriormente se comprobara que no había incremento del riesgo, sólo podría ser castigado por un delito de homicidio intentado. Por otra parte, si el conductor del camión hubiera adelantado demasiado cerca al ciclista

---

[113] Schünemann, JA 1975, 652; Wolter, 1981, 336. Cfr. ya Roxin, ZStW 74 (1962), 434 (= Grundlagenprobleme, 171) [Problemas básicos, 1976, 169; N. del T.]: "Lo que realmente hubiera sucedido de facto es irrelevante".

[114] Cfr. p.ej. Stratenwerth, Gallas-FS, 1973, 235 s.; SK^5-Rudolphi, antes del § 1, nm. 69; Burgstaller, 1974, 143.

[115] Krümpelmann, GA 1984, 502, considera "incondicionalmente preferible" la solución propuesta por mí.

(nm. 72) para provocar de ese modo un accidente mortal, si se comprobara el incremento del riesgo sería responsable de un homicidio consumado.

En la jurispr. de la República Federal no se ha impuesto hasta ahora la **80**
teoría del incremento del riesgo [116]. Por consiguiente, según sus principios debe absolverse de la acusación de un delito de lesión imprudente aunque sólo exista la posibilidad de que el resultado se hubiera producido igualmente con una conducta cuidadosa. Sin embargo, en múltiples casos van irrumpiendo en la praxis las soluciones correspondientes a la teoría del incremento del riesgo, pero con otra fundamentación. Así p.ej. en el caso de los pelos de cabra (RGSt 63, 211; nm. 64) había sucedido en realidad que la desinfección prescrita probablemente habría salvado a los trabajadores, sólo que esto no se pudo comprobar con seguridad. Por tanto, el haber descuidado realizar la desinfección creó un incremento sustancial del riesgo, de modo que según la concepción aquí mantenida el patrono tendría que haber sido castigado por homicidio imprudente, mientras que según la jurispr. del BGH tendría que haber sido absuelto (nm. 74). Sin embargo, el RG acabó entonces condenando con la fundamentación de que sólo se debe excluir la causalidad de la conducta del autor "si existiera la seguridad o una probabilidad rayana en la seguridad de que el suceso dañoso también se habría producido aunque no hubiera precedido la conducta culpable" (RGSt 63, 214). Esto es insostenible por suponer una inversión de la carga de la prueba en el marco del examen causal, pero en su resultado acaba llevando a una correcta aplicación de la teoría del incremento del riesgo [117].

También en la jurispr. del BGH se encubre frecuentemente con otras fun- **81**
damentaciones que el punto de vista en que se basa la imputación radica en el incremento del riesgo. Así, en el caso del dentista (BGHSt 21, 59; nm. 68) ocurría que consultando a un internista se hubiera evitado probablemente, aunque no con seguridad, la muerte de la paciente. Ese punto de vista habría sido base suficiente para condenar al dentista por homicidio imprudente. Y cabe sospechar que la única razón por la que el tribunal de instancia recurrió a una argumentación no amparada en el fin de protección de la norma de cuidado y por ello errónea es porque le estaba vedada la única fundamentación correcta de la imputación del resultado con la ayuda de la idea del incremento del riesgo. Algo similar ocurre en el caso de la peritonitis [118], en el que un diagnóstico equivocado provocó la omisión de una operación que hubiera

---

[116] Cfr. ya n. 106. Pero en cambio la admite la jurispr. austríaca; cfr. WK-Burgstaller, § 6, nm. 64 ss., con ulteriores citas; Triffterer, Klug-FS, 1983, 419.

[117] Cfr. para más detalles sobre la diversa jurispr. del RG, Roxin, ZStW 74 (1962), 435 ss. (= Grundlagenprobleme, 173 ss.) [Problemas básicos, 1976, 171 ss.; N. del T.], así como las sents. cits. en BGHSt 11, 2 s.

[118] BGH, NStZ 1981, 218, con Coment. de Wolfslast; similar tb. BGH NStZ 1985, 26, y JR 1989, 382 (sobre ella Krümpelmann, JR 1989, 353).

salvado la vida. Cuando el BGH dice en este caso (loc. cit., 219): "En caso de intervención quirúrgica... la paciente habría sobrevivido un día más con una probabilidad rayana en la seguridad, y habría existido una elevada probabilidad de total supervivencia", con esa —discutible— atención a la prolongación de la vida por un día apenas se encubre el punto de vista, más importante y por cierto también para el BGH, de que con una actuación médica correcta hubieran aumentado sustancialmente las posibilidades de total supervivencia [119].

82 En el denominado caso de la moto (BGHSt 24, 31) [120], el autor "tras un considerable consumo de alcohol" (1,9 ‰) iba conduciendo por una carretera federal a una velocidad, en sí misma aún permitida, de 100-120 km/h, cuando de repente el conductor de una moto se le cruzó delante del coche a unos 30-40 m. de distancia; el autor ya no pudo detener su automóvil a tiempo, y el coche alcanzó a la moto, cuyo conductor resultó muerto. Aunque el autor hubiera estado sobrio, posiblemente no hubiera podido tampoco evitar el accidente. El BGH condenó por homicidio imprudente (§ 222), dando como fundamentación que debido a su embriaguez el autor no podía conducir a una velocidad "que para él, si hubiera estado sobrio, aún sería adecuada"; por el contrario, tendría que haber conducido tan despacio que incluso en estado alcoholizado "pudiera cumplir sus obligaciones en el tráfico" (BGHSt 24, 35). Esta fundamentación ha sido criticada con razón [121]: En efecto, si un automovilista está absolutamente inhábil para conducir (y lo está según la jurispr. con un 1,1 ‰), no puede haber una velocidad aún adecuada para él. Además el sujeto tendría que ser absuelto si fuera seguro que la alcoholización no había influido en su forma de conducir y en el proceso del accidente (cfr. nm. 64); pues entonces faltaría la realización del peligro no permitido. Pero la verdad es que naturalmente lo que ocurría era que un conductor sobrio, debido a su mejor capacidad de reacción, habría tenido una posibilidad mucho mayor de dominar la difícil situación de tráfico. Por tanto, el autor —y **esto** es lo que en el fondo también opina el BGH—, al conducir bebido a 100-120 km/h, ha aumentado considerablemente el riesgo (aún permitido) que también habría creado un conductor sobrio, y por eso se le debe imputar el resultado surgido de la realización del riesgo ahora prohibido. De ese modo, también en la jurispr., tras fundamentaciones que suscitan malentendidos, se abre paso a veces el resultado correcto de la teoría del incremento del riesgo.

---

[119] El problema, también pertinente en este caso, de si y hasta qué punto el principio del incremento del riesgo también se debe aplicar en las omisiones, sólo se podrá tratar con más detalle en el contexto de los delitos de omisión (tomo II).

[120] Para más detalles Eser, StrafR I³, caso 7, nm. 5 ss.

[121] Cfr. solamente Eser, StrafR I³, caso 7, nm. 13; Otto, NJW 1980, 420.

e) Sobre la combinación de la teoría del incremento del riesgo y la del fin de protección

Entre los partidarios y los adversarios de la teoría del incremento del riesgo se ha formado un "tercer partido", que presta atención —con múltiples variaciones en lo concreto—, no a la conducta alternativa conforme a Derecho, sino a determinar si "el autor es responsable de aquel peligro que se ha realizado en el resultado concreto" [122]. Así Krümpelmann [123] atiende a una "imputación en virtud de la correspondencia normativa entre el deber y la pretensión de protección del lesionado" [124]. Según esto, en el caso del ciclista (nm. 72) p.ej. la distancia de separación prescrita para el adelantamiento sirve "para compensar las típicas reacciones equivocadas de los ciclistas"; pero no está destinada a las necesidades de protección de ciclistas que vayan bebidos de modo no reconocible. "En caso de embriaguez no reconocible la específica peligrosidad para el propio sujeto... ya no se corresponde con el fin del deber", por lo que las mayores posibilidades de supervivencia si se guarda la distancia de seguridad, para Krümpelmann [125] son sólo un "efecto reflejo", no sirven al fin de la regulación de la distancia de separación y por ello tampoco pueden dar lugar a la condena del conductor del camión. De modo similar, para Ranft [126] "no es la hipotética situación de una conducta conforme al deber... lo decisivo, sino el caso regular de una situación no defectuosa de la víctima... Si el resultado concreto es subsumible en aquel riesgo de resultado que el conductor del camión tenía que evitar ya en interés de los ciclistas sobrios, entonces debe imputarse el resultado concretamente producido". No obstante, si p.ej. resulta que la reacción típica de los ciclistas sobrios al asustarse es girar su bicicleta a la derecha, el conductor del camión no será responsable de la muerte del ciclista ebrio que gira la bicicleta a la izquierda, incluso aunque conste que con suma probabilidad el ciclista alcoholizado no hubiera caído bajo las ruedas de un camión que hubiera guardado la debida distancia de separación lateral. Y de modo también parecido, para Jakobs [127] la cuestión depende de si un bien jurídico es dañado "debido a" o sólo "con motivo de" una conducta no permitida. **83**

La verdad es que todas estas concepciones son, con acento algo diverso, manifestaciones de la teoría del fin de protección del mandato de cuidado, que aquí también se admite (nm. 68 ss.). Pero este punto de vista no puede **84**

---

[122] Schünemann, StrV 1985, 231.

[123] Krümpelmann, Jescheck-FS, 1985, 314; ya antes idem, Bockelmann-FS, 1979, 443 ss.; además sobre la teoría del incremento del riesgo, idem, GA 1984, 491 ss. Realiza una cuidadosa elaboración de la teoría de la "correspondencia normativa" el discípulo de Krümpelmann, Erb, 1991.

[124] Krümpelmann, Jescheck-FS, 1985, 313 s.; críticamente al respecto Jakobs, Lackner-FS, 1987, 54 s. (n. 4).

[125] Krümpelmann, Jescheck-FS, 1985, 331.

[126] Ranft, NJW 1984, 1429.

[127] Jakobs, AT 7/72 ss.; aplicándolo a supuestos complicados, idem, Lackner-FS, 1987, 53 ss.

sustituir a la teoría del incremento del riesgo, sino sólo complementarla; aquél ha de introducirse dentro de ésta [128]. Si p.ej. A conduce sin permiso de conducción y pese a conducir correctamente se ve implicado en un accidente [129], la conducción prohibida ha aumentado el riesgo de accidente (o incluso ha sido la que lo ha creado); pero el fin de la prohibición de conducir no es impedir las consecuencias de una conducción reglamentaria, por lo que pese al incremento del riesgo no se produce la imputación; sólo se da un mero reflejo de la protección. También en el caso del ciclista es legítimo, tras comprobar previamente el incremento del riesgo, que debe seguir siendo el presupuesto de toda imputación, plantearse además la reflexión sobre si también cubre el resultado el fin de protección de la regulación de la distancia de separación. Sin embargo, discrepando de los autores antes citados, hay que afirmar que se da ese nexo del fin de protección. En efecto, como apenas existe el "conductor ideal" totalmente sin defectos, hay que partir de la base de que la distancia prescrita de separación de 1-1,5 m. pretende minimizar el riesgo de choque para **todos** los ciclistas (jóvenes y viejos, sobrios y alcoholizados, sanos y enfermos, serenos y asustadizos, seguros e inseguros). El que ello se consiga con los "buenos" ciclistas en mayor medida que con los "malos" e impedidos en su capacidad de reacción adecuada, no cambia para nada el hecho de que en la medida de lo posible en cada caso la regulación de la distancia de separación debe brindar protección a todos. Por consiguiente, si es infringida, las reacciones de la víctima condicionadas por su embriaguez también están abarcadas por el fin de protección de la regulación [130].

4. El alcance del tipo

85 Con la realización de un peligro no cubierto por el riesgo permitido se da por regla general la imputación al tipo objetivo. Sin embargo, cada vez se impone más la opinión de que pese a ello en el caso concreto aún puede fracasar la imputación en que el alcance del tipo, el fin de protección de la norma típica (o sea, de la prohibición de matar, lesionar, dañar, etc.), no

---

[128] Así tb. SK⁵-Rudolphi, antes del § 1, nm. 70; Schünemann, StrV 1985, 231; Wolter, 1981, 339. Tb. Lampe, ZStW 101 (1989), 3 ss., quiere complementar la teoría del incremento del riesgo mediante la teoría del fin de protección de la norma, que sin embargo ubica sistemáticamente en el campo de la antijuridicidad (p. 49). Según él, la realización de un riesgo de la acción sólo será antijurídica si según el sentido y fin de la norma vulnerada al autor le era exigible otra conducta incluso en vista de la posibilidad de que de ese modo no hubiera evitado la lesión del bien jurídico (p. 51).

[129] Sobre ese caso Krümpelmann, Bockelmann-FS, 1979, 447; Eberth/Kühl, Jura 1979, 575.

[130] En cambio, Lampe, ZStW 101 (1989), 50, quiere absolver al conductor del camión en el caso del ciclista (nm. 72) con el argumento de que en las circunstancias concretas no le era exigible comportarse de otro modo, porque el hecho de quedar por debajo de la necesaria distancia mínima de seguridad sólo incrementaba de modo insignificante el riesgo para el ciclista, y las posibilidades absolutamente escasas de supervivencia en un campo tan peligroso como el del tráfico viario no deben garantizarse mediante el Derecho penal.

abarca resultados de la clase de los producidos, en que el tipo no está destinado a impedir tales sucesos. Esta problemática tiene importancia sobre todo en los delitos imprudentes; pues si alguien provoca dolosamente la lesión de un bien jurídico mediante un peligro creado por él sin actuar protegido por un riesgo permitido, normalmente será misión de los tipos garantizar protección frente a tal conducta. Pero esto no es siempre y sin excepciones así. En los hechos dolosos son importantes sobre todo tres grupos de casos en los que rige algo distinto: la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa (a continuación, apartado a), la puesta en peligro de un tercero consentida por éste (apartado b) y la imputación del resultado a un ámbito de responsabilidad ajeno (apartado c). Los grupos de casos de los daños causados por un shock y los de segundos daños no se tratarán hasta el contexto de los delitos imprudentes (§ 24, nm. 42 ss.).

a) La cooperación en una autopuesta en peligro dolosa [131]

Alguien puede incitar o cooperar en acciones de otro que son mucho más **86**
peligrosas de la medida normal, p.ej. A aconseja a B que atraviese un lago con hielo quebradizo. Si al hacerlo el temerario B, pero que se da perfecta cuenta del peligro, encuentra la muerte, se plantea la cuestión de si a A se le puede exigir responsabilidad —según su intención— por homicidio imprudente o doloso. A ello hay que responder negativamente en virtud de las valoraciones en las que se basa la ley. Dado que según el Derecho alemán es en principio impune la participación en el suicidio, es decir en una acción de matarse dolosamente, o también en una autolesión impune, tampoco puede ser punible la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa. Pues si se puede provocar impunemente lo más (la autolesión), con mayor razón ha de poderse provocar sin sanción lo menos (la autopuesta en peligro) [132]. El fin de protección de la prohibición del homicidio no cubre este caso; el alcance del tipo no se extiende a tales resultados. La jurispr. ciertamente hace ya bastante tiempo ha declarado impune la provocación imprudente de un suicidio con la acertada fundamentación de que sería incoherente castigar la causación imprudente, cuan-

---

[131] Para más detalles Roxin, Gallas-FS, 1973, 243 ss. [Problemas básicos, 1976, 183 ss.; N. del T.]. Respecto de los delitos imprudentes, el amplio material jurisprudencial se halla elaborado desde todos los puntos de vista concebibles en P. Frisch, 1973. Monografías de síntesis: R.-P. Fiedler, 1990; S. Walther, 1991. W. Frisch, NStZ 1992, 1, 62, problematiza toda esta categoría, pero no la rechaza, sino que más bien acaba llegando a una precisión en las conclusiones. Restringiendo considerablemente los casos de impunidad, U. Weber, Baumann-FS, 1992, 43.

[132] Sin embargo, la vinculación de esa fundamentación al Derecho positivo no puede hacer perder de vista la decisión valorativa normativa que hay tras ello, a saber: que no hay ninguna razón para restringir la libertad de actuación de los intervinientes en la medida en que nadie sea puesto en peligro contra su voluntad. Cfr. W. Frisch, 1988, 154 ss., y Schumann, 1986, 110 s., que quieren renunciar totalmente al argumento de la participación en favor de esta fundamentación "material". Tb. Zaczyk, 1993, 53, alude a que la autopuesta en peligro se diferencia de la autolesión por la falta de un nexo, creado por la víctima, entre acción y resultado.

do no está sancionada la provocación dolosa del mismo suceso (BGH St 24, 342), pero durante mucho tiempo no ha trasladado esa idea a la correlativa relación entre lesión y puesta en peligro [133].

87 **Ejemplo** (BGHSt 7, 112): A y B llevaron a cabo una competición con motos, estando ambos bebidos, pero aún en estado de plena imputabilidad. Durante la carrera B sufrió un accidente mortal por su propia culpa.

El BGH condenó a A por homicidio imprudente por haber "causado al infringir el deber un resultado previsible y evitable" (loc. cit., 114). En esa argumentación es totalmente correcto que ya la participación en una carrera irracional, en la que "por una ronda de cervezas se pusieron en juego dos vidas humanas" (loc. cit., 115), creó un peligro que rebasaba claramente el riesgo general del tráfico, peligro que también se realizó en el posterior curso de los hechos. Pero como se dio una cooperación en una autopuesta en peligro dolosa, de cuyo riesgo era suficientemente consciente B dada la plena imputabilidad que aún tenía, pese a concurrir la realización del riesgo el resultado no cae dentro del ámbito de protección de la norma y no puede ser imputado [134]. Cuando el BGH hace depender la "infracción del deber" y con ello la punibilidad en la cooperación en autopuestas en peligro "de las circunstancias del caso" (loc. cit., 115), de ese modo ya no se determina la punibilidad según el criterio de la valoración legal, sino según el de una decisión judicial para el caso concreto, y eso es inadmisible. Dado que A no ha realizado ya el tipo objetivo de los §§ 222 y 212, quedaría igualmente impune aunque de antemano hubiera aceptado un accidente mortal de su oponente; ese "dolo" tampoco podría fundamentar punibilidad alguna, porque estaría dirigido a una conducta atípica.

88 **Ejemplo** (BGHSt 17, 359): El médico A regresó de un viaje a la India infectado de viruela y, aunque se sentía muy enfermo, se puso a trabajar en su clínica sin someterse previamente a reconocimiento. Una serie de médicos y pacientes fueron infectados y enfermaron de viruela. También enfermó el sacerdote de la clínica, que con conocimiento del riesgo se había sometido voluntariamente a cuarentena.

También aquí está claro que en todos los casos se ha realizado un peligro no permitido creado por A, quien por ello fue con razón castigado por lesiones u homicidio imprudentes en relación con las personas que se infectaron sin saberlo. Pero la situación es distinta en el caso del sacerdote de la clínica, pues éste se puso a sí mismo en peligro dolosamente y por propia decisión, por lo que no se le pueden imputar a A las consecuencias derivadas de ello. El noble motivo de esa autopuesta en peligro no cambia nada al respecto; al contrario, sólo podría ser una carga para la conciencia del sacerdote si tuviera que temer que con su sacrificio iba a provocar la responsabilidad penal de A.

---

[133] También en los casos de la tormenta y del avión que se estrella (nm. 36, 45, 58) esa consideración conduciría a la impunidad del incitador. Sin embargo, en ellos no es preciso recurrir a la idea del fin de protección, porque falta ya la creación de un peligro relevante.

[134] Igual que aquí, LK[10]-Schroeder, § 16, nm. 181; Schaffstein, Welzel-FS, 1974, 572, n. 35.

Sin embargo, el BGH también castigó en este caso; para ello examina solamente si concurría un consentimiento del sacerdote en las lesiones, y lo niega fundamentándolo en que un consentimiento sólo se puede referir a una futura acción u omisión, y no a una ya pasada. Pero aquí no se trata de un problema de consentimiento, ya que el sacerdote no consiente en una acción de lesiones por parte de A, sino que con su propia actuación se expone a un peligro ya existente, cuyas posibles consecuencias no son abarcadas por el fin de protección de los delitos de homicidio [135].

Ejemplo: A le entrega a B para su propio consumo heroína, cuya peligrosidad tienen clara ambos. B se inyecta la sustancia y muere por ello. **89**

Ya la entrega de drogas está castigada con una pena considerable conforme a los §§ 29 y 30 BtMG. Por tanto, A ha creado un peligro socialmente ya no tolerado en absoluto, que se ha realizado en un resultado de muerte. En constelaciones de este tipo, que tienen gran importancia en la práctica, al principio la jurispr. también había afirmado que se debía castigar por homicidio imprudente, sin tener en cuenta la idea de la autopuesta en peligro. Todavía en BGH NStZ 1981, 350, se había afirmado como tesis [136]: "Quien, entregándole heroína, causa la muerte de un heroinómano, se convierte en culpable de un homicidio imprudente, si le es conocido o tiene que contar con que el heroinómano se va a inyectar la droga, y si ha sabido o habría podido saber la peligrosidad de la sustancia entregada". Posteriormente, sobre todo por influencia de la crítica de Schünemann [137], BGHSt 32, 262, ha iniciado un llamativo giro de la jurispr., rechazando la imputación de tales casos al tipo objetivo de los delitos de homicidio [138]: "Las autopuestas en peligro queridas y realizadas por propia responsabilidad no son subsumibles en el tipo de un delito de lesiones o de homicidio si se realiza el riesgo conscientemente corrido con la puesta en peligro. Quien meramente incita, posibilita o facilita tal autopuesta en peligro no es punible por un delito de lesiones o de homicidio". Desde entonces se ha confirmado y fortalecido esta jurispr. del BGH en numerosas sentencias [139], por lo que la anterior doctrina jurisprudencial opuesta (tb. BGHSt 7, 112; 17, 359) debe considerarse superada.

Sin embargo, ese correcto punto de partida de la jurispr. más moderna no **90**
siempre se mantiene consecuentemente. Así ya BGHSt 32, 264, ha dejado

---

[135] Igual que aquí, Sch/Sch/Cramer[24], § 15, nm. 157; LK[10]-Schroeder, § 16, nm. 182; Rudolphi, JuS 1969, 556 s.; Schünemann, JA 1975, 721; en las conclusiones tb. P. Frisch, 1973, 152 s. Dubitativo, pero más bien rechazando la punibilidad, W. Frisch, 1988, 493.

[136] Adhiriéndose a BGH JR 1979, 429, con Com. crít. de Hirsch; BGH MDR (H) 1980, 985.

[137] Schünemann, NStZ 1982, 60; pero la sentencia invoca expresamente mi exposición en Gallas-FS, 1973, 246 (BGHSt 32, 265).

[138] Recensiones de la sentencia en: Roxin, NStZ 1984, 411; Seier, JA 1984, 533; Kienapfel, JZ 1984, 751; Otto, Jura 1984, 536; Horn, JR 1984, 513; Dach, NStZ 1985, 24; Stree, JuS 1985, 179.

[139] BGH NStZ 1984, 452; 1985, 25; 1986, 266; 1987, 406; NJW 1985, 690; BGHSt 36, 1 ss. (17); además OLG Stuttgart MDR 1985, 162; BayObLG DAR 1988, 318.

abierta la cuestión de "qué debe regir si a aquel que ha participado activamente (dolosa o imprudentemente) en el autodaño que se causa una persona que actúa por propia responsabilidad, le afectan deberes de garante respecto de la vida o integridad del que se daña a sí mismo". Y así BGH JR 1979, 429, condenó por homicidio imprudente a un médico que dentro de una terapia de deshabituación le había prescrito a un paciente una droga, con la que éste se provocó la muerte inyectándose una sobredosis. Es posible que la sentencia fuera correcta en el resultado, porque todo indica que el consumidor drogodependiente era inimputable y por tanto no podía tomar una decisión responsable. Pero si se le da por supuesta la capacidad de decisión, como hizo el BGH, entonces la cualidad de médico de quien prescribió la droga no puede conducir a imputarle la muerte del consumidor: pues el médico tiene que proteger al paciente de enfermedades, pero no de autodaños. El que un paciente se dañe a sí mismo abusando de los medicamentos que se le han prescrito (aunque sea un narcótico), no se puede excluir prácticamente nunca; y si el médico tuviera que responder penalmente por ello, siempre estaría ya con un pie en la cárcel [140].

91 Tampoco merece aplauso que el BGH en diversas sentencias [141] admita ciertamente la impunidad de una cooperación activa en una autopuesta en peligro responsable, pero castigue por homicidio imprudente por omisión al suministrador de la droga si éste no llama a un médico al producirse la inconsciencia del consumidor. En efecto, si el suministrador de droga ha causado la situación de peligro del consumidor de un modo no imputable, de esa causación irrelevante desde el punto de vista del § 222 tampoco se puede derivar deber alguno de evitar el resultado con la consecuencia de una responsabilidad por omisión; pues con ello y mediante un rodeo se vuelve a rescindir la situación de impunidad del cooperador en una autopuesta en peligro responsable. La punición conforme al § 323 c [omisión de socorro] y al § 29 BtMG es totalmente suficiente también a efectos políticocriminales. También supone una rechazable restricción del principio de la impunidad de la participación en una autopuesta en peligro responsable el que BGHSt 37, 179, considere posible apreciar una puesta en peligro de la salud en el sentido del § 29 III n.º 2 BtMG y un homicidio temerario en el sentido del § 30 I n.º 3 BtMG incluso con el presupuesto de que la víctima se haya matado de modo doloso y totalmente responsable; pues no tiene mucho sentido rechazar un homicidio en el sentido del § 222, pero afirmarlo en el de la BtMG. Es más

---

[140] Cfr. Roxin, NStZ 1984, 412; contundente tb. la crítica de Hirsch, JR 1979, 429. Discrepando Herzberg, JA 1985, 271 s.

[141] BGH NStZ 1984, 452 (crít. Fünfsinn, StrV 1985, 57 s.); BGH NStZ 1985, 319, con Com. discr. de Roxin. Además Stree, JuS 1985, 179; Geppert, JK, § 222/2. Tb. la bibliografía de Comentarios critica la contradicción en que se pone la jurispr. con su propio punto de partida, cfr. solamente Dreher/Tröndle[46], antes del § 13, nm. 19; Lackner[20], antes del § 211, nm. 16.

acorde incluso con el fin de protección de la BtMG restringir el círculo de autores de los preceptos citados a aquellas personas "que hacen su negocio nocivo para la salud con la ignorancia o la falta de control y de conocimiento de los consumidores de droga" [141a].

En cambio es correcta la posición de la jurisprudencia más reciente cuando no imputa la cooperación en una autopuesta en peligro responsable sólo si el sujeto que se pone en peligro a sí mismo es consciente del riesgo en la misma medida que el cooperador [142]. Si el incitador o promotor "se da cuenta de que la víctima no es consciente plenamente del alcance de su decisión" (BGH NStZ 1986, 266), crea un riesgo que ya no está cubierto por la voluntad de la víctima y cuya realización debe imputársele por tanto al cooperador [143]. 92

No está definitivamente aclarada la cuestión de si también debe excluirse la imputación de la cooperación en una autopuesta en peligro ajena cuando el que se pone en peligro, aunque no es inimputable, aplicando analógicamente el § 21 sí que tiene considerablemente disminuida su imputabilidad. Aquí habrá que distinguir [144]: Si el que se pone a sí mismo en peligro es plenamente consciente del riesgo y sólo tiene disminuida su capacidad de inhibición, el cooperador ha de quedar impune; pues el que se pone a sí mismo en peligro sigue siendo dueño de sus decisiones, aunque le sea más difícil la decisión. Si por el contrario tiene disminuida su capacidad de intelección, de tal modo que ya no es correctamente consciente del riesgo, se le debe imputar el resultado al extraño conforme a lo expuesto en nm. 92. 93

Las reglas que se acaban de desarrollar son también válidas para todas las constelaciones en las que sufren accidentes salvadores voluntarios. Si A sufre una situación de emergencia en la montaña o en el agua y B muere al intentar salvarle, entonces A, en caso de que los esfuerzos por salvarle superen el riesgo no relevante requerido por el § 323 c, habrá creado un peligro que se realiza en la causación de muerte o lesiones del salvador. Pese a ello no es responsable por homicidio imprudente (o en su caso incluso doloso) del auxiliador, pues el primer accidente siempre es sólo la causación de una autopuesta en peligro voluntaria [145]. Frente a esto, una opinión que se adhiere a la jurisprudencia civil pretende imputarle el resultado al primer causante si los esfuerzos por salvarle eran razonablemente proporcionados a la autopuesta en peligro [146]. 94

[141a] Hohmann, MDR 1991, 1117 (1118); así tb. ya Roxin, NStZ 1985, 320 s. En cambio, aprobando la postura del BGH, Rudolphi, JZ 1991, 572; Beulke/Schröder, NStZ 1991, 393.

[142] BGHSt 32, 265; 36, 17; BGH NStZ 1984, 452; 1985, 25 s.; 1986, 266.

[143] Sin razón me atribuye Herzberg, JA 1985, 269 ss., una concepción distinta.

[144] Cfr. sobre el correlativo problema en la autoría mediata, LK[11]-Roxin, § 25, nm. 120 ss.

[145] Igual que aquí Sch/Sch/Cramer[24], § 15, nm. 157; Burgstaller, 1974, 115; Schünemann, JA 1975, 722; Otto, NJW 1980, 422; idem, JuS 1974, 710.

[146] Así sobre todo, Rudolphi, JuS 1969, 557; SK[5], antes del § 1, nm. 80 s.; LK[10]-Schroeder, § 16,

Según esta posición, sólo aquellas acciones salvadoras que sean "considerablemente negligentes y temerarias" [147] no deben suponer responsabilidad para el primer causante. Pero esta opinión debe rechazarse. En efecto, quien se expone a un riesgo sin estar jurídicamente obligado no puede cargar de ese modo a otro con el peso de consecuencias penales, tanto más cuanto que en la mayoría de los casos el otro no puede influir para nada en su decisión. Un salvador concienzudo sólo se sentiría abrumado por la conciencia de exponer a aquel a quien quiere ayudar a un riesgo de ser castigado por ello. Además, el juicio sobre qué acciones salvadoras siguen siendo (más o menos) "razonables" depende de tantos imponderables que ya en atención al principio de certeza no se debería vincular a ello la punibilidad. Cuando se trata de la reparación civil del daño, que además puede ser regulada mediante el § 254 BGB, la situación de los intereses es completamente distinta, ya que la indemnización económica del salvador es justa y equitativa en muchos casos, mientras que no hay ninguna necesidad de castigar a la persona salvada [148].

Distinta es la situación del problema en el caso de los salvadores obligados a actuar. La cuestión de si al primer causante (v.gr. el causante de un incendio o de una perturbación del tráfico) se le pueden imputar penalmente las consecuencias que sufra el bombero o el policía interviniente por su actuación en el ejercicio de su cargo, no se puede juzgar según los criterios de la autopuesta en peligro voluntaria. Si se quiere excluir tales casos del alcance del tipo, ello sólo se puede fundamentar en que el resultado cae dentro del ámbito de responsabilidad de otro (para más detalles sobre ello nm. 104 ss.).

95 Finalmente, también hay que rechazar la imputación del resultado cuando la víctima de una lesión se niega a recibir el auxilio que aún era posible con plena conciencia del riesgo. Por tanto, si A ha lesionado a B en un accidente de tráfico y B muere de las secuelas del accidente porque por razones de secta rechaza la transfusión sanguínea salvadora, A no debe ser castigado por homicidio imprudente (§ 222), sino sólo por lesiones, ya que B por su propia decisión se ha expuesto a la certeza o al peligro próximo de muerte [149]. En estos casos también rige la exclusión de la imputación por hechos imprudentes o dolosos por igual. Si por motivos políticos A quiere eliminar a B mediante

---

nm. 182; Wolter, 1981, 345; W. Frisch, 1988, 481 ss.; yendo aún más lejos Jakobs, ZStW 89 (1977), 34; Jescheck, AT[4], § 28 IV 4.

[147] Wolter, 1981, 345.

[148] En cambio, W. Frisch, 1988, 485, opina que parece "necesario y adecuado proteger (penalmente) a aquel que hace lo (*ex ante*) deseado". Pero ¿qué "protección" le brinda el castigo del accidentado, del que, si se es realista, no se podía esperar que para evitar eventuales acciones salvadoras mostrara el cuidado que no ha puesto en su propio interés? El propio Frisch quiere excluir de la imputación la provocación de acciones salvadoras con un riesgo no muy considerable ("acción salvadora rutinaria del servicio de vigilancia de montaña", loc. cit., 488), así como su "desencadenamiento por una actuación de autopuesta en peligro" (loc. cit., 491), p.ej. en el caso de que "el candidato al suicidio que ha trepado a una chimenea" provoque una atrevida acción salvadora. Ahora bien, a mi juicio esas posiciones, correctas en los resultados, desquician el propio punto de partida.

[149] Igual que aquí p.ej. Jescheck, AT[4], § 28 IV 4; Otto, Maurach-FS, 1972, 99; Burgstaller, 1974, 122; idem, Jescheck-FS, 1985, 363 s.; Wolter, 1981, 346.

un atentado y éste sólo sufre lesiones leves, pero para morir como un mártir rechaza todo auxilio y se desangra, sólo debe castigarse a A por tentativa de asesinato, siendo indiferente si era previsible o no tal curso del hecho. Como B ha decidido por propia responsabilidad sobre su muerte, la causación de su muerte por A no está abarcada por el fin de protección de los §§ 211 y 212.

El supuesto de que la víctima se dañe o se cause la muerte imprudentemente 96
a sí mismo, p.ej. no dejándose tratar adecuadamente, sólo encaja en el contexto aquí discutido en la medida en que el lesionado al menos corra conscientemente el riesgo unido a su conducta. Pero en cambio, en la medida en que la víctima no sea consciente de las posibles consecuencias de su conducta negligente, no es posible la exclusión de la imputación desde el punto de vista de la autopuesta en peligro dolosa. En tanto en cuanto, sólo se podrá exonerar al autor si se asigna las consecuencias al ámbito de responsabilidad de la víctima (sobre ello nm. 111).

La exclusión de la imputación en la cooperación en una autopuesta en 97
peligro ajena dolosa abarca un sector importante del grupo de casos en el que la antigua teoría de la "prohibición de regreso" quería rechazar ya la causalidad del primer causante (nm. 24). Ahora es posible reconocer que esa teoría no plantea un problema de causalidad, sino de imputación y de esa forma tiene un núcleo correcto. Es cierto que, como aún se expondrá en los delitos imprudentes (§ 24, nm. 27 ss.), no toda interposición dolosa de otro interrumpe el nexo de imputación (p.ej. el facilitamiento imprudente de un delito doloso ajeno puede ser perfectamente punible), pero en los casos de autopuesta en peligro dolosa la no imputabilidad del resultado es correctamente abarcada por la prohibición de regreso.

b) La puesta en peligro de un tercero aceptada por éste

Este grupo de casos aún poco clarificado [150] se refiere a la constelación en 98
que alguien no se pone dolosamente en peligro a sí mismo, sino que se deja poner en peligro por otro con conciencia del riesgo.

Ejemplo 1 (RGSt 57, 172): Un pasajero quiere que un barquero le lleve por el río Memel (Niemen) durante una tempestad. El barquero lo desaconseja, aludiendo a los peligros, pero el cliente insiste en su deseo, el barquero emprende el arriesgado intento, el bote vuelca y el pasajero se ahoga.

---

[150] El mismo ha sido tratado como tipo de casos autónomo en primer lugar por mí en Gallas-FS, 1973, 249 ss. [= Problemas básicos, 1976, 190 ss.; N. del T.]. Pero la peculiaridad de esta figura jurídica está siendo reconocida de modo creciente; cfr. p.ej. Schünemann, JA 1975, 720; idem, NStZ 1982, 61; Dölling, GA 1984, 75; Helgerth, NStZ 1988, 262; Eschweiler, 1990. Tb. Dreher/Tröndle[46], antes del § 13, nm. 19, y Lackner[20], antes del § 211, nm. 12, operan con la distinción entre cooperación en la autopuesta en peligro y puesta en peligro de un tercero aceptada por éste. Realiza una delimitación de nueva configuración entre autopuesta en peligro y puesta en peligro ajena Zaczyk, 1993, 56 s. Sobre ello nm. 102 *in fine*.

Ejemplo 2: El acompañante conmina al conductor a que vaya a velocidad excesiva y prohibida porque quiere llegar a tiempo a una cita. A consecuencia de la excesiva velocidad se produce un accidente, en el que resulta muerto el acompañante.

Ejemplo 3: Un automovilista que ya no estaba en condiciones de conducir por el consumo de alcohol admite que le acompañe en su coche otro de los asistentes a la fiesta a petición expresa de éste. El acompañante resulta muerto en un accidente causado por el estado alcohólico del conductor.

Casos de este tipo son legión en el tráfico moderno [151]. La op. dom. y en muchos casos también la jurispr. intentan solucionarlos con la figura jurídica del consentimiento del posteriormente lesionado [152] (mientras que la jurispr. civil a partir de BGHZ 34, 355, se ha apartado de esa construcción). Pero éste es un camino impracticable. En efecto, raramente se dará un consentimiento en el resultado incluso en caso de meras lesiones, ya que el que se expone al riesgo suele confiar en un final feliz; ahora bien, un consentimiento en la mera puesta en peligro sólo podría excluir el injusto si el resultado no fuera también componente esencial del injusto (para más detalles al respecto § 10, nm. 96 ss.) [153]. Y a esto se añade que en los homicidios la idea jurídica del § 216 [delito de homicidio consentido] se opone a la eficacia del consentimiento (BGHSt 4, 88, 93) [154].

99 No obstante, la jurispr. se ha dejado abierta otra vía de escape, al negar en los hechos imprudentes ya la vulneración del deber de cuidado por el autor "cuando alguien ha aceptado un cierto peligro con claro conocimiento del mismo y el autor ha cumplido suficientemente su deber general de cuidado" (BGHSt 4, 93). Con consideraciones de ese tipo ya el RG llegó a la absolución en el caso Memel (ej. 1). Y BGHSt 7, 115 las ha concretado (de modo común para los grupos de casos, aquí separados, de la cooperación en una autopuesta en peligro y de la puesta en peligro de un tercero aceptada por él) en el sentido de que en tales constelaciones la infracción del deber "depende de las circunstancias del caso", a cuyo respecto se debe prestar especial atención a: "el eventual asentimiento de personas totalmente responsables en el peligro claramente reconocido; motivo y finalidad de la empresa, así como la medida de la falta de cuidado y la magnitud del peligro". Además, en la ponderación del caso concreto la mayoría de las veces la jurispr. ha partido de la base de que en todo caso concurre una vulneración del deber de cuidado si la empresa arriesgada infringía una expresa prohibición jurídica [155]. Ello daría lugar en nuestros ejemplos 2 y 3 a la respectiva imputación del resultado y con ello al

---

[151] Cfr. sobre todo citas en P. Frisch, 1973; Geppert, ZStW 83 (1971), 947; Schaffstein, Welzel-FS, 1974, 557 ss., 563 ss.; Dölling, GA 1984, 71.

[152] Cfr. solamente SK[5]-Rudolphi, antes del § 1, nm. 81 a; LK[10]-Schroeder, § 16, nm. 182.

[153] En efecto, Schaffstein, Welzel-FS, 1974, 567 y *passim*, basa su opinión de que el consentimiento no ha de referirse al resultado sino a la puesta en peligro, expresamente en la posición de que en los hechos imprudentes únicamente el desvalor de la acción fundamenta el injusto.

[154] En contra igualmente Schaffstein, Welzel-FS, 1974, 570 ss.

[155] Cfr. Geppert, ZStW 83 (1971), 994; BGHSt 7, 114.

castigo del conductor por homicidio imprudente, puesto que conducir demasiado deprisa y conducir en estado de embriaguez contravienen prohibiciones jurídicas expresas.

Sin embargo, esta vía de solución tampoco convence. En efecto, el deber **100**
general de cuidado se ha vulnerado en todos los casos debido a la peligrosidad de la conducta del autor que supera todo riesgo generalmente permitido. Además es difícilmente compatible con el principio de certeza que la resolución se haga depender ampliamente de las circunstancias del caso concreto y con ello del arbitrio del juez de instancia [156]. Y finalmente también es poco satisfactorio que deba castigarse en los ejemplos 2 y 3 a pesar de que el propio lesionado es el originante del accidente que le ha afectado. Por ello la forma correcta de plantear la cuestión también debe orientarse en este caso a saber hasta qué punto el tipo conforme a su fin de protección abarca la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste [157]. Según las valoraciones en que se basa la ley, ese no es el caso cuando la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste equivale en todos los aspectos relevantes a una autopuesta en peligro. Tal equiparación no es posible con carácter general, porque aquel que se deja poner en peligro está más expuesto a lo que suceda que quien se pone a sí mismo en peligro, que puede intentar dominar los peligros con sus propias fuerzas. Sin embargo, parece adecuada la equiparación bajo dos presupuestos: En primer lugar, el daño ha de ser la consecuencia del riesgo corrido y no de otros fallos adicionales, y el sujeto puesto en peligro ha de tener la misma responsabilidad por la actuación común que quien le pone en peligro [158]. Y además aquél, al igual que ya sucede en la autopuesta en peligro, ha de ser consciente del riesgo en la misma medida que quien le pone en peligro. Si se dan estos dos presupuestos, habrá "asumido" el riesgo. Y entonces en los tres casos de los ejemplos estaría excluida la imputación del resultado en la medida en que el "pasajero" conocía el riesgo en toda su extensión y lo ha provocado conscientemente; en cambio, debería tener lugar la imputación si el conductor persuade al pasajero que vacila con buenos motivos, o si le hubiera ocultado o minimizado los riesgos o si el accidente se debió a fallos en la conducción independientes del riesgo aceptado. Y por supuesto que en los ejemplos de los automóviles también habría que imputar al autor toda lesión u homicidio de un tercero.

Dentro del campo de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste **101**
habrá que encuadrar también el caso especialmente actual de que alguien

[156] Tb. crít. frente a los criterios establecidos en BGHSt 7, 115, Schaffstein, Welzel-FS, 1974, 569; Schünemann, JA 1975, 723.

[157] Aprob. Burgstaller, 1974, 170.

[158] Similar Schünemann, JA 1975, 723; P. Frisch, 1973, 156 s.; Otto, Tröndle-FS, 1989, 169 ss.; aprobando los criterios, pero sustancialmente más reservado en cuanto a las consecuencias prácticas, Burgstaller, 1974, 170 s.

tenga contactos sexuales con riesgo de sida. Frecuentemente se trata estos casos desde el punto de vista de que el infectado participa en una autopuesta en peligro de su pareja [159]. Pero como la puesta en peligro parte exclusivamente del infectado y la pareja únicamente se expone a la misma, realmente se trata de una puesta en peligro de un tercero aceptada por éste [160], que es absolutamente comparable al caso de que alguien deje que otro le inyecte una droga. Conforme a la concepción desarrollada en nm. 100, ello significa que tal contacto sexual (incluso en caso de relación sexual sin protección) es impune si ambos sujetos están informados del riesgo de contagio y son responsables conjuntamente de su actuación [161]. En cambio, deben imputársele las consecuencias al enfermo de sida si oculta su contagio en un contacto sexual sin protección [162], pero también ya si obliga a la pareja, aún no infectada y que se resiste, a exponerse a la arriesgada aventura [163].

102 Sin embargo, incluso entre quienes le reconocen a la figura jurídica de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste un significado autónomo,

---

[159] Cfr. p.ej. M. Bruns, MDR 1987, 356; idem, NJW 1987, 2282; Herzog/Nestler-Tremel, StrV 1987, 360 ss.; W. Frisch, JuS 1990, 362 ss.; H.-W. Mayer, JuS 1990, 787 ss.; Zaczyk, 1993, 58 s.; BayObLG NStZ 1990, 81; LG Kempten NJW 1989, 2068. BGHSt 36, 17, deja planteada la cuestión de si los criterios desarrollados para la autopuesta en peligro "son aplicables o no al trato sexual con infectados de sida". BayObLG JR 1990, 473, con Com. de Dölling, acepta ahora que hay una participación en una autopuesta en peligro responsable.

[160] Así tb. Helgerth, NStZ 1988, 262. Opera en este grupo de casos con las reglas del consentimiento W. Frisch, NStZ 1992, 66 s.

[161] Así ocurría en el caso resuelto por BayObLG JR 1990, 473, cuya solución por tanto también es correcta en el resultado aunque a diferencia del tribunal se mantenga que había una puesta en peligro de un tercero aceptada por él.

[162] Esto lo discute un sector: M. Bruns, MDR 1987, 356; idem, NJW 1987, 2282, respecto de los contactos sexuales fuera de las relaciones monogámicas; Herzog/Nestler-Tremel, StrV 1987, 366 ss., respecto de la interacción sexual con pertenecientes a un grupo de riesgo; Kreuzer, ZStW 100 (1988), 800 ss., sobre todo en la prostitución y en el ámbito homosexual. Tras esto se alberga el punto de vista de política sanitaria de que uno no debe confiar en otros, sino protegerse a sí mismo. Pero en primer lugar, nuestro ordenamiento jurídico protege también al negligente (sobre la llamada victimodogmática cfr. § 14, nm. 15 ss.). Y en segundo lugar, políticocriminalmente es absolutamente necesario estimular al infectado a que informe de ello a su pareja, pues eso será lo que con más seguridad moverá a ésta a adoptar medidas de protección. Igual que aquí BGHSt 36, 17, y la op. dom.; cfr. tb. AG Hamburg NJW 1989, 2071.

[163] En cuanto a los detalles también es sumamente discutido el tratamiento de estos casos por parte de la op. dom. Para más detalles, Bottke, 1988, 182 ss.; Schünemann, 1988, 471 ss. [versiones españ. posteriores parcialmente coincidentes con este trabajo: Problemas penales de la transmisión y prevención del sida desde la perspectiva alemana, trad. de T. Rodríguez Montañés, en: Jornadas sobre los derechos de los pacientes. 1990, Madrid, Insalud, 1992, 27 ss.; Problemas jurídico-penales relacionados con el sida, trad. de S. Mir Puig, en: Mir Puig (ed.), Problemas jurídico penales del sida, Barcelona, J. M. Bosch, 1993, 25 ss.; N. del T.]; Herzberg, NJW 1987, 2283 s.; Geppert, Jura 1987, 671; Prittwitz, JA 1988, 431 ss. Si se afirma la imputación, con ello aún no se ha dicho gran cosa sobre la punibilidad del infectante; pues como la muerte de la pareja en caso de contagio puede no producirse hasta al cabo de muchos años, en la práctica lo que se plantea no es un homicidio imprudente, sino un hecho doloso intentado. Y entonces la punibilidad depende de si y en relación con qué tipo se puede afirmar que hay dolo (para más detalles sobre ello § 12, nm. 71 ss.).

es muy discutido cómo repercute sobre la imputación. Así Schünemann [164] quiere tratar la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste como la autopuesta en peligro, lo que en definitiva hace superflua la distinción. Lackner [165] opina que la delimitación respecto de la autopuesta en peligro sigue las "reglas que se han desarrollado para la distinción entre suicidio y homicidio a petición de la víctima"; este es un criterio aprovechable de delimitación, pero deja abiertos los criterios de la imputación. Dölling [166] pretende que en caso de puesta en peligro de un tercero aceptada por éste sólo se excluya la imputación al primer causante "si el valor de la autonomía de la víctima puesta en práctica por el consentimiento y el valor de los fines perseguidos con el hecho preponderan sobre el desvalor ínsito en la puesta en peligro de una vida". Ello daría lugar a la punibilidad en los tres casos de partida (nm. 98), dado que Dölling incluso en el caso Memel (RGSt 57, 172) tampoco reconoce como valor de superior rango la prisa del pasajero; sólo si p.ej. "se hubiera tratado de la visita al padre mortalmente enfermo en el lecho de muerte", debería según él quedar impune el barquero [167]. Helgerth ha trasladado la solución de Dölling a los casos de sida, llegando a la conclusión [168] de que la puesta en peligro de un tercero aceptada por él, incluso aunque la pareja esté totalmente informada, excluye la imputación "por regla general sólo en el marco de una comunidad de vida matrimonial". Según él, el objetivo de satisfacer el instinto sexual por sí solo no es un valor de rango superior frente a la puesta en peligro de una vida. La solución de Dölling/Helgerth, al recurrir al "valor" de la finalidad que impulsa a la víctima, sustituye la cuestión de si hay una decisión autónoma suya por puntos de vista moralizantes. Y eso no merece aprobación, pues lo que está en juego es una equiparación con la autopuesta en peligro, en la que asimismo lo único que importa es la voluntad responsable de quien se pone en peligro y no el "valor" de su finalidad. Zaczyk [168a] opina que concurre una (punible) "puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, y no un caso de autopuesta en peligro", si la víctima podía "confiar de forma jurídicamente segura en que el otro (el autor) domina el curso conducente a la lesión mediante una conducta conforme al deber". Ello conduce en el caso del barquero a afirmar que hay una cooperación impune en una autopuesta en peligro, mientras que en la participación en una conducción bajo influencia de bebidas habrá una puesta en peligro de un tercero aceptada por éste y punible, a no ser que "sea evidente que el conductor es completamente incapaz de seguir controlando el vehículo" [168b]. Pero si el tercero autor domina el suceso

[164] Schünemann, JA 1975, 722 s.; tb. Otto, Jura 1984, 540; idem, Tröndle-FS, 1989, 169 ss.
[165] Lackner[20], antes del § 211, nm. 12.
[166] Dölling, GA 1984, 71.
[167] Dölling, GA 1984, 93.
[168] Helgerth, NStZ 1988, 263 s.
[168a] Zaczyk, 1993, 56; en los detalles concretos aún diferencia algo más exactamente.
[168b] Zaczyk, 1993, 58 s.

(una suposición que no me convence en el caso del conductor bebido), la verdad es que habría que negar ya la existencia de una puesta en peligro. Por último, Eschweiler (1990) pretende tratar la puesta en peligro de un tercero aceptada por él según las reglas del consentimiento excluyente de la tipicidad.

103 En los detalles concretos la figura jurídica de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste sigue precisando una ulterior penetración dogmática. Sin embargo, su concepción desde el punto de vista del alcance del tipo tiene la ventaja adicional de que estos casos, que hasta ahora se discuten casi exclusivamente en la teoría de la imprudencia, pueden ubicarse en la teoría general de la imputación al tipo objetivo y de ese modo aprovecharse también para los casos de dolo. En efecto, en algunas situaciones —incluyendo los casos de sida, tan importantes en la práctica— habrá incluso un "dolo" eventual respecto del resultado lesivo; pero en la medida en que esté excluida la imputación al tipo objetivo, ello no modificaría en nada la impunidad.

c) La atribución a la esfera de responsabilidad ajena

104 Por último, el fin de protección del tipo tampoco abarca ya aquellos resultados cuya evitación cae dentro de la esfera de responsabilidad de otro.

Ejemplo (BGHSt 4, 360): A conduce en la oscuridad un camión cuya parte trasera va sin alumbrado, y es detenido por una patrulla de policía, que le denuncia para que se le imponga la correspondiente multa. A efectos de seguridad frente a otros vehículos que pudieran llegar, uno de los policías coloca una linterna con luz roja en la calzada. La policía le ordena a A que prosiga la marcha hasta la próxima gasolinera, para lo que el coche patrulla marchará detrás para seguridad del camión sin alumbrado trasero. Pero antes de que A arrancara, el policía vuelve a quitar la linterna de la calzada; y a continuación el camión sin alumbrado es embestido por otro camión, cuyo copiloto resulta lesionado mortalmente.

El BGH condenó a A por homicidio imprudente. A ese respecto se afirma con razón la concurrencia de causalidad (nm. 25); en cambio, es muy dudoso si también se puede aceptar la previsibilidad de ese curso causal y con ello la adecuación y la realización del riesgo. Pero la solución ni siquiera puede depender de ello. Incluso aunque se parta de la base de que según la experiencia de la vida algunas veces también los policías cometen fallos, no obstante el ciudadano no tiene por eso que vigilar sus actos. Una vez que la policía había asumido la seguridad del tráfico, el suceso ulterior entraba dentro de su esfera de responsabilidad y ya por esa razón no se le puede imputar a A [169]. El alcance del tipo ya no abarca el suceso posterior.

105 La teoría de las esferas o ámbitos de responsabilidad aún no está suficientemente elaborada dogmáticamente, por lo que no cabe hacer afirmaciones

---

[169] Por lo demás, la sentencia también es mayoritariamente rechazada en su resultado; cfr. solamente Maurach/Zipf, AT/1[8], 18/67; LK[10]-Schroeder, § 16, nm. 24.

seguras y reconocidas de modo general sobre ella [170]. La *ratio* de la exclusión de la imputación en estos casos estriba en que determinados profesionales, dentro del marco de su competencia respecto de la eliminación y vigilancia de fuentes de peligro, son competentes de tal modo que los extraños no tienen que entrometerse. Ahora bien, entonces la consecuencia políticocriminalmente coherente de dicha asignación de competencia es exonerar al primer causante de las consecuencias que sean provocadas por una conducta dañosa del profesional. Ello tiene importancia práctica sobre todo para las actividades que sirven para combatir peligros, como son las ejercidas por los bomberos, el servicio de vigilancia de montaña o acuática, por policías o en su caso por soldados. Y aún mayor importancia tiene la cuestión de si se pueden imputar las consecuencias de fallos en el ejercicio de la profesión médica al causante de una lesión.

Es decir: ¿se debe castigar por homicidio imprudente al dueño de la casa **106** que provoca imprudentemente un incendio, y a la profesora que en una excursión no vigila suficientemente a uno de los alumnos que se están bañando, si durante las medidas de salvamento muere un bombero o un nadador del servicio de vigilancia actuática? La op. dom. lo acepta [171], porque en el resultado se realiza un peligro no permitido y porque no ve ninguna razón para no incluir tales resultados en el alcance del tipo. No obstante, se pueden alegar razones de peso para sostener que eso de ningún modo debe regir sin más [172]. En primer lugar, las acciones de salvamento que se mantienen en el marco de lo requerido por el deber apenas se pueden delimitar de las osadías voluntarias y por encima de la obligación, cuyas consecuencias ya desde el punto de vista de la autopuesta en peligro no se pueden imputar al primer causante (nm. 94). En segundo término, los riesgos profesionales son voluntarios en un sentido sólo un poco ampliado, puesto que al escoger la profesión son asumidos por una libre decisión de voluntad (excepción: los casos del servicio militar obligatorio) y en la mayoría de los casos al miembro de la profesión se le paga

---

[170] Un punto de partida lo proporciona Kratzsch, Verhaltenssteuerung, 1985, 358 ss., 368 ss.; idem, Oehler-FS, 1985, 65, con su teoría de las competencias de organización, que tb. puede servir como modelo explicativo para los casos de autopuesta en peligro y de puesta en peligro de otro.

[171] Cfr. SK[5]-Rudolphi, antes del § 1, nm. 80 s., y W. Frisch, 1988, 472 ss., ambos enfrentándose expresamente con la opinión opuesta mantenida por mí. Además v.gr. Sch/Sch/Cramer[24], § 15, nm. 157; LK[10]-Schroeder, § 16, nm. 182; Maurach/Gössel, AT/2[7], 43/73; Jescheck, AT[4], § 28 IV 4; Wolter, 1981, 344 s.; Jakobs, ZStW 89 (1977), 15 ss.

[172] Roxin, Honig-FS, 1970, 142 s. (= Grundlagenprobleme, 134 ss.) [= Problemas básicos, 1976, 137 ss.; N. del T.]; idem, Gallas-FS, 1973, 247 s. [= Problemas básicos, 1976, 187 s.; N. del T.]; aprob. Burgstaller, 1974, 112 ss.; diferenciando tb. Schünemann, JA 1975, 721 s.; Schumann, 1986, 70 s. (n. 2). La situación es distinta p.ej. en aquellos delitos cualificados por el resultado (como los §§ 239 a y b) en los que lo típico es que la víctima de un delito además sea puesta en peligro precisamente por acciones de salvamento; cfr. sobre ello § 10, nm. 117. La cuestión depende siempre precisamente del fin de protección del tipo respectivo, por lo que las afirmaciones globales inducen fácilmente a error.

precisamente también por el riesgo que con ella asume. En tercer lugar, del § 307, n.º 1, que no menciona la muerte del salvador como caso especialmente grave ni siquiera en caso de incendio provocado dolosamente, se deduce más bien un argumento en contra de la imputación de tales resultados [173]; pues si el legislador viera aquí una típica e imputable realización del peligro, no se entendería por qué no se trata ese caso como delito cualificado por el resultado. Y en cuarto lugar, hay razones políticocriminales que se oponen a una imputación de los accidentes de los salvadores. Si un incendiario imprudente tuviera que contar con que además se le exigirá responsabilidad por homicidio de los bomberos, esa consideración podría hacerle desistir de llamarlos, lo que sería indeseable. Y si un excursionista que se ha extraviado en la montaña incurriera en su caso en responsabilidad penal por homicidio imprudente de algún miembro del equipo de salvamento al que se ha avisado, cabe suponer que preferiría aventurarse a realizar con sus propias fuerzas —y frecuentemente con un desenlace fatal— un descenso que le supera; y el ordenamiento jurídico no debería promover tal evolución de los acontecimientos.

107 Además el problema va más allá de los accidentes de los salvadores. ¿Realmente debe castigarse a un ladrón por homicidio imprudente si un policía sufre un accidente mortal con el coche durante una complicada persecución a aquél? Entonces el delincuente perseguido tendría que entregarse a la policía si no quiere correr el riesgo de una punibilidad ulterior. Pero tal obligación sería difícilmente compatible con los principios jurídicos generales, según los cuales nadie tiene por qué cooperar a su propio castigo. Por ello se debería atribuir también dichos riesgos típicos del ejercicio de una profesión a la esfera de responsabilidad del profesional y no imputárselos a los sujetos externos.

108 El grupo de casos más difícil y menos aclarado en este campo es aquél en que la víctima solamente lesionada por el autor inicial muere a causa de un fallo médico. Una extendida opinión pretende que en caso de fallos profesionales médicos leves y medianos se le impute al primer causante la muerte del paciente (y correlativamente también las agravaciones de su dolencia), porque hay que contar con los mismos; y en cambio, los fallos profesionales médicos graves deben exonerar al primer causante [174]. Rudolphi sostiene la opinión de que en virtud del principio de confianza no hay por qué responder en absoluto de una conducta médica defectuosa mediante acción positiva; y que, en cambio, debe imputársele al primer causante el resultado si éste se debe a que el médico omite medidas de tratamiento indicadas: pues en tal caso es "precisamente la puesta en peligro antijurídica creada por el autor inicial la que

[173] Schünemann, JA 1975, 721.

[174] Así p.ej. OLG Celle NJW 1958, 271; pero tb. BGHSt 31, 100; Burgstaller, 1974, 117 ss.; idem, Jescheck-FS, 1985, 364 ss.; Wolter, 1981, 347; Rengier, 1986, 164 s.; Otto, JuS 1974, 709; idem, NJW 1980, 422.

también se realiza en el segundo daño" [175]. Según una tercera concepción la cuestión depende de si en el resultado influido por el fallo profesional médico se realiza el "peligro modelo" creado por las lesiones, el riesgo típicamente unido a ellas. En ese caso debe tener lugar la imputación al primer causante incluso si hay imprudencia temeraria del médico. Pero en cambio, se excluirá la imputación si la conducta médica defectuosa, como puede ser una anestesia equivocada, cae fuera del riesgo típico de las lesiones [176].

Lo correcto es, combinando las dos últimas concepciones, distinguir en **109** primer lugar según el criterio de "si la conducta... médica desplaza el peligro creado por el autor o no evita su realización" [177]. Pues si la víctima no muere por las lesiones que se le han inferido, sino sólo por un peligro añadido por el fallo médico, entonces el médico habrá sustituido ("desplazado") el riesgo originario por otro que entra exclusivamente en su esfera de responsabilidad; y no se le puede imputar en ningún caso al primer causante, tanto si el médico ha obrado con imprudencia temeraria como con imprudencia leve. Por consiguiente, el causante del accidente no responderá por homicidio imprudente "si en el curso de la operación se produce una incisión equivocada que origina la muerte por desangramiento, si se suministra cualquier medicamento que esté contraindicado y que por ello provoca la muerte, o si a consecuencia de una anestesia equivocada se produce una parada cardíaca irreversible, etc." [178]. Excluir aquí la imputación es adecuado además porque en el caso concreto puede ocurrir que incluso lesiones insignificantes acaben provocando la muerte por un tratamiento médico defectuoso. Pero si se quisiera ver en la causación de daños a la salud en absoluto mortales la creación de un peligro imputable de muerte sólo porque es posible que los médicos cometan fallos fatales, entonces habría que considerar ya el pedir la intervención de médicos por principio como imprudente; y esto sería naturalmente absurdo.

Pero incluso si la víctima muere de la lesión que se le ha infligido porque **110** el médico no la trata, o no suficientemente, frente a la concepción mantenida por Rudolphi, Jakobs, Schünemann y W. Frisch —con ciertas diferencias— hay que decir que no es adecuado imputar sin más el resultado al primer causante. Por el contrario, en estos supuestos puede ser fructífera la opinión concurrente que quiere excluir la imputación al primer causante en caso de imprudencia temeraria del médico. Si la imprudencia del médico, que no consigue detener el curso mortal de la lesión, se mueve por debajo del dintel de la temeridad, ciertamente no se podrá decir que la muerte cae exclusivamente en la esfera de responsabilidad del médico; pues aquí concurren dos

---

[175] SK^5-Rudolphi, antes del § 1, nm. 74.
[176] Así v.gr. Jakobs, 1972, 92 ss.; Schünemann, JA 1975, 719.
[177] W. Frisch, 1988, 442 s.
[178] W. Frisch, 1988, 437.

conductas imprudentes aproximadamente del mismo peso y ambas se han realizado en el resultado. Por eso es correcto castigar a ambos por homicidio imprudente. Si por el contrario una lesión normalmente fácil de curar provoca la muerte sólo como consecuencia de una imprudencia médica temeraria o grave, la conducta médica defectuosa adquiere una preponderancia tal que políticocriminalmente no existe ninguna necesidad de "imputar adicionalmente" el resultado final "también al autor del delito inicial; ello rige tanto desde puntos de vista de prevención general como de prevención especial" [179]. Ese juicio según los fines de la pena debería ser lo decisivo.

111 Lo mismo debería valer también si el propio lesionado con su conducta equivocada no dolosa provoca su muerte o una agravación del daño [180]. Si se trata de consecuencias que aún no estaban predispuestas en la lesión (p.ej. el lesionado muere por una confusión de los medicamentos que se le dan), entonces entran exclusivamente en la esfera de responsabilidad de la víctima. En cambio, en caso de consecuencias ya predispuestas (como la lesión que conduce a la muerte) eso sólo sucederá si la producción del resultado se debe a una conducta gravemente inadecuada de la víctima, p.ej. a que no llama al médico pese a tener los síntomas más preocupantes [181]. Es cierto que una culpa concurrente grave de la víctima no excluye necesariamente en otros casos (p.ej. en la originación del accidente) el castigo por imprudencia del primer causante. Pero un accidente es un suceso repentino, mientras que en la conducta defectuosa posterior existía suficiente posibilidad de reflexión, por lo que en ese caso sería inadecuado cargar al primer causante con la vituperable ligereza de la víctima y sus consecuencias.

d) Otros casos

112 La pregunta acerca del alcance (el fin de protección) del tipo aún puede resultar fructífera para otros grupos de casos. Así por ejemplo, tampoco se podrán ya imputar los daños consecuencia de un shock (daños producidos psíquicamente a un afectado por un delito, pero no en su propia persona) ni los daños consecuencia de otros (v.gr. el posterior accidente de tráfico de quien ha quedado impedido por una anterior lesión). Ahora bien, tales casos sólo son importantes casi exclusivamente en los delitos imprudentes, y por ello se discutirán allí (cfr. § 24, nm. 42 ss.).

---

[179] Burgstaller, Jescheck-FS, 1985, 365.
[180] Detalladamente W. Frisch, 1988, 449 ss.
[181] A favor de la punibilidad del primer causante en caso de consecuencias "predispuestas" incluso en el supuesto de conducta gravemente inadecuada de la víctima, W. Frisch, 1988, 452 ss.; en este punto igual que aquí Burgstaller, Jescheck-FS, 1985, 364 ss.; Rengier, 1986, 168 ss., con ulteriores citas.

II. Delitos de peligro

Bibliografía: Binding, Die Normen und ihre Übertretung, t. I, 1872 (⁴1922; reimpr. 1965); Rotering, Gefahr und Gefährdung im Strafgesetzbuch, GA 31 (1883), 266; Finger, Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht, Frank-FS, 1930, t. I, 230; Henkel, Der Gefahrbegriff im Strafrecht, Str. Abh. 270, 1930; Rabl, der Gefährdungsvorsatz, Str. Abh. 312, 1933; Boldt, Pflichtwidrige Gefährdung im Strafrecht, ZStW 55 (1936), 44; Schwander, Die Gefährdung als Tatbestandsmerkmal im schweizerischen StGB, SchwZStr 66 (1951), 440; Oehler, Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt, ZStW 69 (1957), 503; Dreher, Gemeingefährliche Handlungen, NiedStrKomm, 8, 1959, 417; Hartung, Gemeingefahr, NJW 1960, 1417; Cramer, Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt, 1962; Arth. Kaufmann, Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit, JZ 1963, 425; Lackner, Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht, 1967; Schröder, Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?, JZ 1967, 522; Volz, Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte, tes. doct. no impresa, Göttingen, 1968; Schröder, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, ZStW 81 (1969), 7; Gallas, Abstrake und konkrete Gefährdung, Heinitz-FS, 1972, 171; Reinhard v. Hippel, Gefahrenurteil und Prognosenentscheidungen in der Strafrechtspraxis, 1972; Rudolphi, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslechre, Maurach-FS, 1972, 51; Brehm, Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts, 1973; Demuth, Zur Bedeutung der "konkreten Gefahr" im Rahmen der Straßenverkehrsdelikte, VOR 1973, 436; Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973; Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, 435, 511, 575, 647, 715, 787; Backmann, Gefahr als "besondere Folge der Tat" i. S. d. erfolgsqualifizierten Delikte?, MDR 1976, 969; Küper, Gefährdung als Erfolgsqualifikation?, NJW 1976, 543; Wolter, Konkrete Erfolgsgefahr und konkreter Gefahrerfolg im Strafrecht, JuS 1978, 748; Demuth, Der normative Gefahrbegriff, 1980; Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; Ostendorf, Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikts, JuS 1982, 426; Schroeder, Die Gefährdungsdelikte, ZStW-Beiheft Caracas, 1982, 1; Bohnert, Die Abstraktheit der abstrakten Gefährdungsdelikte, JuS 1984, 182; Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985), 751; Kratzsch, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985; Berz, Formelle Tatbestandsverwirklichung und materieller Reschtsgüterschutz, eine Untersuchung zu den Gefährdungs- und Unternehmensdelikten, 1986; Hoyer, Die Eignungsdelikte, 1987; Weber, Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte, ZStW-Beiheft 1987, 1; Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989; Kratzsch, Prävention und Unrecht - eine Replik, GA 1989, 49; Hoyer, Zum Begriff der "abstrakten Gefahr", JA 1990, 183; Graul, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, 1991; D. Marxen, Strafbarkeitseinschränkungen bei abstrakten Gefährdungsdelikten, 1991; Rengier, Überlegungen zu den Rechtssgütern und Deliktstypen im Umweltstrafrecht, en: Schulz (ed.), Ökologie und Recht, 1991, 33 ss.; Lin, Abstrakte Gefährdungstatbestände im Wirtschaftsstrafrecht, tes. doct. München, 1992; A. Meyer, Die Gefährlichkeitsdelikte, 1992; W. Frisch, An den Grenzen des Strafrechts, Stree/Wessels-FS, 1993, 69.

Los problemas de imputación se plantean no sólo en los delitos de lesión, **113**
sino también en los delitos de peligro. Su número aumenta cada vez más en la legislación moderna, pero su investigación sigue estando en los inicios [182]. Además los tipos concretos requieren diversas formas y grados de puesta en peligro, cuyo análisis sólo puede hacerse dentro de la Parte especial. No obstante, vamos a ofrecer aquí al menos un resumen de lo principal.

---

[182] Fundamentales en la literatura reciente son la monografías de Horn, 1973, Demuth, 1980; Berz, 1986; Kindhäuser, 1989; además, especialmente importantes, Schünemann, JA 1975, 792 ss.; Wolter, 1981, 197 ss.

1. Delitos de peligro concreto

114 Los delitos de peligro concreto (cfr. ya § 10, nm. 123) requieren que en el caso concreto se haya producido un peligro real para un objeto protegido por el tipo respectivo (v.gr. §§ 310 a, 311 ss., 312-315 c). El caso más importante en la práctica es la puesta en peligro del tráfico viario (§ 315 c), en el que, además de las peligrosas formas de conducción allí descritas se requiere adicionalmente que de ese modo sean "puestas en peligro la vida o la integridad de otro o cosas ajenas de considerable valor". Tales delitos de peligro concreto son delitos de resultado; es decir: se distinguen de los delitos de lesión acabados de tratar en lo esencial no por criterios de imputación divergentes, sino porque en lugar de un resultado lesivo aparece el resultado de peligro típico correspondiente. Por tanto, al igual que en los delitos de lesión, en primer lugar ha de haberse creado un concreto "peligro de resultado" en el sentido de un riesgo de lesión adecuado y no permitido. Este peligro, conforme a los criterios de imputación ya desarrollados, ha de comprobarse por medio de una prognosis objetivo-posterior (por tanto, *ex ante*; cfr. nm. 32); si falta un peligro de resultado, el hecho tampoco será imputable aunque se produzca una efectiva puesta en peligro. Si hay que afirmar el peligro de resultado, ese peligro debe haberse realizado en un resultado que suponga un "resultado de peligro concreto" y que, como también en otros casos, ha de incluir todas las circunstancias conocidas *ex post* [183].

115 La cuestión de cómo ha de estar configurado y cómo debe comprobarse ese resultado de peligro concreto, hasta ahora está poco clara [184]. En la jurispr. se dice en una ocasión (BGHSt 18, 272) que el concepto de "peligro" escapa a una "descripción científica exacta" y que es "predominantemente de naturaleza fáctica, no jurídica"; y en otra sentencia se dice que el concepto de peligro concreto "no se puede determinar con validez general, sino sólo según las circunstancias particulares del caso concreto" (BGHSt 22, 432). De todos modos, de la numerosa jurispr. se pueden extraer dos presupuestos de un peligro concreto generalmente reconocidos: En primer lugar, ha de existir un objeto de la acción y haber entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro [185], y en segundo lugar la acción incriminada tiene que haber creado el peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción. La existencia de un concreto objeto de la acción falta p.ej. si "alguien efectúa un adelantamiento con vituperable ligereza poco antes de un cambio de rasante" [186], de tal modo que tendría que chocar inevitablemente con un vehículo que viniera de frente, pero casualmente no venía ningún automóvil en sentido contrario. En tal caso

---

[183] Instructivo Wolter, JuS 1978, 748 ss.

[184] Sobre la evolución de esa discusión cfr. Lackner, 1967.

[185] Sobre las cuestiones de límites tb. polémicas en este caso, cfr. OLG Frankfurt NJW 1975, 840; al respecto Wolter, JuS 1978, 748 ss.

[186] Horn, 1973, 161.

es cierto que el autor se ha comportado de modo sumamente imprudente, pero falta una puesta en peligro concreta. En cambio, si un objeto de la acción ha entrado en el ámbito operativo de la conducta del autor, antiguamente la jurisprudencia muchas veces describía la intensidad de la necesaria puesta en peligro exigiendo una situación en la que "la producción del daño fuera más probable que su no producción" (BGHSt 8, 31; 13, 70; adhiriéndose ya a la jurispr. del RG). Posteriormente el BGH ha interpretado esa fórmula en el sentido de que no se debe aplicar un (irrealizable en la práctica) cálculo porcentual (v.gr.: ante una probabilidad del 51 % aceptación, y ante una probabilidad del 49 % rechazo de la existencia de un peligro concreto), sino que no basta "ya con el peligro lejano y distante", sino que hay que requerir un "peligro que en el caso concreto deba juzgarse como próximo" (BGHSt 18, 272 s.; 19, 268 s.; 22, 344 ss.; 26, 179).

El punto débil de esta solución radica en que, para enjuiciar el "peligro **116**
próximo" o la "probabilidad" de una lesión, la misma sólo puede remitir a la experiencia de la vida del juez y por tanto no puede indicar ningún criterio objetivo [187]. Y aquí es donde comienzan los esfuerzos de precisión de la doctrina. Así, Horn [188] funda la "teoría científico-natural del resultado de peligro" [189], que acepta la existencia de un peligro concreto cuando según las leyes causales conocidas las circunstancias habrían tenido que dar lugar a la lesión del objeto de la acción, pero ésta ha dejado de producirse sólo por una razón inexplicable conforme a las ciencias naturales ("como por un milagro", o debido a un azar enigmático) [190]. Pero lo cierto es que con ello se estrecha demasiado el concepto de peligro concreto, pues sólo con investigar posteriormente de modo suficiente (casi) todo es explicable según las ciencias naturales. Además los resultados de dicho enjuiciamiento científico-natural no son siempre convincentes. Así p.ej. si en el caso del cambio de rasante propuesto por Horn (nm. 115) hubiera sido inevitable el choque con un vehículo que viniera de frente y finalmente se evitara sólo porque una imprevisible ráfaga de viento echara a un lado al vehículo que venía de frente [191], no se comprende bien por qué va a haber que negar la existencia de un peligro concreto sólo porque el originamiento de dicha ráfaga y su efecto son susceptibles de una posterior explicación científico-natural.

Por ello es preferible la "teoría normativa del resultado de peligro" [192], que **117**
ha sido teóricamente desarrollada sobre todo por Schünemann [193], pero de la

---

[187] Cfr. críticamente Horn, 1973, 182 ss.; Schünemann, JA 1975, 794 s.
[188] Horn, 1973, 161.
[189] Denominación de Wolter, 1981, 217.
[190] Cfr. la propia formulación de Horn en: Horn, 1973, 212; SK⁴-Horn, antes del § 306, nm. 7.
[191] Ejemplo de Schünemann, JA 1975, 796 s.; cfr. tb. Horn, 1973, 175. Una crítica contundente tb. en Kindhäuser, 1989, 192 ss.; Demuth, 1980, 144 ss.
[192] Denominación de Wolter, 1981, 217.
[193] Schünemann, JA 1975, 793 ss.

que también cabe encontrar puntos de arranque en la jurispr. La misma parte —en tanto en cuanto de modo similar a Horn— de la base de que existe un peligro concreto allí donde el resultado lesivo no se produce sólo por casualidad; pero, a diferencia de aquél, determina el concepto de casualidad, no como lo inexplicable según las ciencias naturales, sino como una circunstancia en cuya producción no se puede confiar. Por tanto, todas aquellas causas salvadoras que "se basan en una destreza extraordinaria del amenazado o en una feliz e indominable concatenación de otras circunstancias" [194] no excluyen la responsabilidad por el delito de peligro concreto. En consecuencia, en el caso del cambio de rasante (nm. 115 s.) habría que castigar al conductor que realiza el adelantamiento temerario incluso aunque el conductor que venía de frente se hubiera salvado por una artística destreza como conductor muy por encima de las capacidades normales o por una repentina ráfaga de viento; pues esas son circunstancias en las que nadie puede confiar. En la misma línea se sitúa el BGH cuando a veces requiere un peligro "que indica que es inminente un accidente si no se produce un giro repentino, p.ej. porque el sujeto amenazado adopte una medida protectora a consecuencia de una adivinación o percepción más o menos sensitiva del peligro" [195]. De modo similar a Schünemann procede Demuth [196], que entiende el peligro como "crisis aguda" del bien jurídico; y según su teoría esa crisis se produce "cuando se ha sobrepasado el momento en el que podría evitarse un daño con seguridad mediante medidas defensivas normales".

118 Wolter ha desarrollado, dando un paso más, una "teoría normativa modificada del resultado de peligro" [197], según la cual todas las "circunstancias que abren posibilidades de salvación" [198], como p.ej. también la capacidad artística para conducir de la persona puesta en peligro que evita fácilmente el accidente, excluirán un peligro concreto; éste sólo se dará "cuando incluso para el conductor magistral lo único que prometía evitar el resultado era la maniobra de elusión locamente arriesgada y que sólo saldrá bien... por la conjunción de muchas circunstancias afortunadas" [199]. Tal modificación debe tomarse en consideración; pero en su contra habla el hecho de que relativiza la idea rectora normativa del no poder confiar: la extraordinaria destreza de la víctima potencial es para el autor igual de imprevisible que cualquier otra circunstancia de suerte extraordinaria. De modo similar a Wolter, Kindhäuser [200] acepta un peligro concreto "cuando no es posible intervenir finalistamente en un suceso para evitar el daño", "cuando la relevancia dañosa de una conducta no puede ser finalistamente evitada con blindaje". Y también para él la capacidad extrema e imprevisible del amenazado para sustraerse al peligro es una razón para rechazar que haya una puesta en peligro concreta [201]. Y en la misma línea argumenta tb. Ostendorf [202], cuando atiende a la "indominabilidad del curso de la puesta en peligro".

---

[194] Schünemann, JA 1975, 797.
[195] BGHSt 18, 273; nuevamente debilitado en BGHSt 22, 344 s.
[196] Demuth, 1980, 197 ss. (205 s.).
[197] Wolter, 1981, 223 ss.
[198] Wolter, 1981, 227.
[199] Wolter, 1981, 229 s.
[200] Kindhäuser, 1989, 202, 210.
[201] Kindhäuser, 1989, 202, 212, n. 26.
[202] Ostendorf, JuS 1982, 430.

2. Delitos de peligro abstracto

Delitos de peligro abstracto son aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro (cfr. ya § 10, nm. 123). Por tanto la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo. Así el incendio de un edificio, cuyo efecto de daños ya está abarcado por el § 305, se castiga en el § 306 como delito grave con una pena especialmente elevada, porque el legislador quiere prevenir los peligros para vidas humanas que pueden surgir del incendio. Pero el tenor literal del precepto se cumple también aunque en el caso concreto estuviera excluida una amenaza para la vida. Esto puede poner a los delitos de peligro abstracto en colisión con el principio de culpabilidad [203]. Así p.ej., ¿cómo se puede explicar la elevada pena del § 306 como provocada culpablemente si los peligros que quiere prevenir el precepto no se podían producir en absoluto? En cuanto a la solución de esa cuestión, como en general en cuanto a la penetración dogmática de los delitos de peligro abstracto, la discusión científica tampoco ha conducido aún a conclusiones reconocidas de modo general [204]. Sin embargo, lo que ha quedado claro es que hay que distinguir diversos grupos de casos con problemas configurados de modo diferente [205]. 119

a) Los clásicos delitos de peligro abstracto

En este grupo de casos, como prototipo del cual puede considerase al § 306 citado, se reconoce hoy en la ciencia que hay que ponerlos en concordancia con el principio de culpabilidad, pero hay polémica sobre la clase de la necesaria restricción [206]. Schröder [207] ha propuesto admitir "la prueba en contrario de la no peligrosidad", "si el tipo sirve para proteger determinados objetos concretables, en los que en el caso concreto se puede comprobar con seguridad 120

203 Cfr. Arth. Kaufmann, JZ 1963, 432.

204 Así p.ej. Jakobs, ZStW 97 (1985), 751 ss., considera que en gran parte no son legitimables en un Estado liberal las incriminaciones en el campo previo a la lesión del bien jurídico y espec. los delitos de peligro abstracto. Considera que el castigo en lo sustancial sólo está justificado si "la conducta peligrosa se ha ejecutado completamente" (p.ej. los §§ 153 s., 306, 316, 328, 283 I), pero en cambio no cuando una conducta "sin otra conducta posterior y a su vez delictiva no sería en absoluto peligrosa o sólo lo sería de modo claramente restringido" (p. 769). Una discusión crítica al respecto la realiza Kindhäuser, 1989, 177 ss. Graul, 1991, *passim*, se pronuncia contra la interpretación de los delitos de peligro abstracto como presunciones de peligro (sobre ello Kindhäuser, GA 1993, 372).

205 En contra Bohnert, JuS 1984, 187; Kratzsch, Verhaltenssteuerung, 1985, 110 ss. Aboga por una interpretación unitaria de todos los delitos de peligro abstracto como delitos de peligrosidad A. Meyer, 1992, 213.

206 Los intentos de solución que se exponen a continuación son sólo los más importantes; otros son discutidos en Wolter, 1981, 276 ss.

207 Schröder, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, ZStW 81 (1969), 14 ss.; similar ya anteriormente Rabl, 1933.

si efectivamente han sido puestos en peligro" [208]. Pero esto es impracticable: pues una condena ante un resultado probatorio poco claro contravendría el principio *in dubio pro reo;* pero si se quisiera exigir del tribunal la comprobación de que el objeto cuya protección es el motivo del legislador ha sido efectivamente puesto en peligro, entonces se transformaría el delito de peligro abstracto en uno de peligro concreto [209]. Cramer [210] ha intentado precisar el peligro abstracto como "probabilidad de un peligro concreto" [211]. Pero ello acabaría desembocando sólo en un peligro concreto de intensidad menor y difícilmente determinable [212].

121 La más convincente es la idea, desarrollada sobre todo por Horn y Brehm [213], de hacer depender la punibilidad de una infracción del cuidado debido en el sentido de los delitos imprudentes (o sea, de un "peligro de resultado" sin necesidad de un "resultado de peligro"), de tal manera que los delitos de peligro abstracto representarían entonces tipos de imprudencia sin consecuencias [214]. Schünemann [215] ha modificado ese punto de partida en el sentido que la cuestión no depende de la infracción objetiva del cuidado debido, sino de la subjetiva, por lo que habría que determinar el delito de peligro abstracto como una tentativa imprudente (en su caso incluso inidónea). Según esto habría ya punibilidad si el autor deja de observar solamente las medidas de precaución subjetivamente requeridas desde su perspectiva, por mucho que, considerando todas las circunstancias, las precauciones adoptadas sean objetivamente suficientes para eliminar el peligro. Esta posición se puede aprobar [216]; "pues lo que precisamente sigue siendo adecuado a la culpabilidad, es lo que más se aproxima a la decisión del legislador descuidando el principio de culpabilidad" [217]. Frisch [217a] aboga por sustituir lo más posible los delitos de peligro abstracto por "delitos de aptitud" [217b], "que acentúan la concreta

---

208 Schröder, ZStW 81 (1969), 17.

209 SK⁴-Horn, antes del § 306, nm. 17; Schünemann, JA 1975, 797; Sch/Sch/Cramer²⁴, antes del § 306, nm. 4; cfr. para crítica tb. Kindhäuser, 1989, 243 ss.

210 Cramer, 1962, 67 ss.

211 Cramer, 1962, 74: "un estado..., en el que es probable una puesta en peligro (concreta) del bien jurídico protegido"; "puesta en peligro abstracta significa probabilidad de una puesta en peligro de un bien jurídico".

212 Cfr. Arth. Kaufmann, JZ 1963, 433; SK⁴-Horn, antes del § 306, nm. 17; Kindhäuser, 1989, 246 ss.

213 Horn 1973, 28, 94 s.; Brehm, 1973, 126 ss.; ya antes muy similar Volz, 1968, y adhiriéndose a él Rudolphi, Maurach-FS, 1972, 59 s.

214 Aprobatoriamente en especial para el § 306 tb. Jakobs, AT², 6/89.

215 Schünemann, JA 1975, 798.

216 Cfr. sin embargo la crítica de Wolter, 1981, 288 ss., 296 ss., que, junto a la infracción objetiva del cuidado debido, sólo considera suficiente la creación dolosa inidónea de un riesgo de puesta en peligro.

217 Schünemann, JA 1975, 798.

217a Frisch, Stree/Wessels-FS, 1993, 93.

217b Monografía: Hoyer, 1987.

aptitud *ex ante* de la conducta para provocar los resultados que hay que evitar". Esta es una concepción tendencialmente digna de aprobación, pero que ya se puede realizar ampliamente conforme al Derecho vigente si se hace depender la punibilidad de los delitos de peligro abstracto de la "imprudencia sin consecuencias" anteriormente descrita.

Las concepciones indicadas, pese a todas sus diferencias en puntos concretos, coinciden en que ven el fin de los delitos de peligro abstracto en la protección de bienes jurídicos, por lo que p.ej. el § 306 n.° 2 y el § 316 pretenden proteger la vida e integridad de la persona puesta en peligro abstractamente, aunque ello no se exprese directamente en el tipo. Frente a esto, Kindhäuser mantiene la opinión de que los delitos de peligro abstracto no están para proteger bienes jurídicos, sino para garantizar "seguridad". Y seguridad es el "estado jurídicamente garantizado que está previamente cuidado de modo suficiente" [218], la "legítima despreocupación al disponer de bienes" [219], mientras que la lesión del bien jurídico no es "punto de referencia" ni para el reproche de injusto ni para el de culpabilidad [220]. Según esto, p.ej. el § 306 n.° 2 protege "la posibilidad de vivir en los espacios en cuestión sin temor a ser puesto en peligro por un incendio" [221]. Desde ese punto de vista, Kindhäuser no puede contentarse con reconducir la puesta en peligro abstracto a una infracción del cuidado debido. "La verdad es que una reducción de la seguridad a la precaución y actuación concienzuda al provocar el incendio apenas le proporcionará al habitante de un edificio... la deseada despreocupación" [222]. 122

La consistencia de esta concepción precisa aún una ulterior investigación; 123 pero me parece que la despreocupación y falta de temor sólo se pueden suscitar mediante la protección de los bienes jurídicos amenazados, por lo que ésta también es el objetivo primario de los delitos de peligro abstracto, y la provocación de "seguridad" es sólo, como en todos los demás tipos, el fenómeno concomitante y la consecuencia de la —previa— protección de bienes jurídicos. Por lo demás, la concepción de Kindhäuser, si se lleva a cabo consecuentemente, quizás se diferencie en sus resultados menos de lo que él supone de las teorías que explican la puesta en peligro abstracta como infracción del cuidado debido. En efecto, si p.ej. alguien sabe que su casa —si es que ello sucede alguna vez—, debido a la amenaza de pena del § 306, con seguridad

[218] Kindhäuser, 1989, 280.
[219] Kindhäuser, 1989, 282.
[220] Kindhäuser, 1989, 290.
[221] Aquí y en lo siguiente: Kindhäuser, 1989, 296.
[222] Distinto nuevamente Kratzsch, GA 1989, 67, que ve la razón de la norma en "que la acción incriminada ciertamente no siempre, pero sí de un modo no exactamente previsible y repetidamente puede poner en peligro el bien jurídico protegido". Según él, los delitos de peligro abstracto sirven para defender frente a "peligros casuales" para los bienes jurídicos protegidos, que si no, no son controlables; y por eso rechaza una restricción del tipo. Para más detalles, idem, Verhaltenssteuerung, 1985, 274 ss.

sólo será incendiada a lo sumo tras haberse convencido el autor de que nadie se encuentra en la misma, no tendrá ningún motivo para creerse dañado en su sentimiento de seguridad personal. Y las conductas totalmente no peligrosas tampoco menoscaban la seguridad, por lo que también desde el punto de vista de esta concepción subsiste el problema de una interpretación restrictiva del tipo [222a].

124 El BGH (E 26, 121) aún no ha tomado una posición definitiva sobre la justificación de tales restricciones, pero se ha mostrado abierto frente a ellas. Ahora bien, el presupuesto para negar el peligro abstracto en el caso del § 306 n.º 2 será "que según la situación real esté absolutamente excluida una puesta en peligro de la vida humana" y que el autor se haya cerciorado de ello "con medidas absolutamente fiables y sin lagunas" (loc. cit., pp. 124 s.) [223]. Según esto, el hecho de que alguien, antes de incendiar su hotel, desaloje a todos los moradores y huéspedes y que antes del hecho aún dé otra vuelta por el edificio, no será una medida de seguridad suficiente. BGH NStZ 1982, 420 [224], continúa esta jurispr. y opina asimismo que es "generalmente peligroso" incendiar un gran "edificio inabarcable"; por ello es "jurídicamente irrelevante que el acusado se haya esforzado por evitar la puesta en peligro concreto de una persona".

b) Acciones masivas (sobre todo en el tráfico viario)

125 El caso clásico de este grupo es la conducción bajo influencia de bebidas (§ 316). Aquí hay que afirmar la punibilidad incluso aunque según la situación de las cosas (p.ej. en una zona deshabitada) estuviera totalmente excluida una puesta en peligro. Ello se debe a razones preventivogenerales ("didácticas" [225]), pues de lo contrario se pondría en peligro el carácter de absoluto tabú que el legislador pretende que tengan determinadas conductas (aquí: la conducción de vehículos bajo influencia del alcohol).

c) Delitos con "bien jurídico intermedio espiritualizado"

126 Aquí se trata de tipos delictivos como los delitos de cohecho y de (falso) testimonio (§§ 331 ss., 153 ss.). La confianza de la población en la pureza del desempeño del cargo (el bien jurídico de los §§ 331 ss.) y el hallazgo judicial de la verdad (el bien jurídico de los §§ 153 ss.) no es preciso que en el caso

---

[222a] Coincidente Frisch, 1993, 92.

[223] Casi completamente coincidente Berz, 1986, 114, según el cual el tipo únicamente no se cumplirá "si el autor... sabe con seguridad que su conducta no dará lugar a un daño, y si éste efectivamente no se produce". Enérgicamente en contra de la "solución intermedia" del BGH, Bohnert, JuS 1984, 186. A favor de una regulación coincidente con la solución del BGH *de lege ferenda* Weber, ZStW-Beiheft 1987, 34.

[224] Con Com. de Hilger; sobre ella además Bohnert, JuS 1984, 182 ss.

[225] Schünemann, JA 1975, 798.

concreto sean puestos en peligro por una acción subsumible en los tipos respectivos. Y sin embargo ello no puede cambiar para nada (por razones similares a las indicadas en nm. 125) la punición [226]; el desvalor de la acción por sí solo fundamenta la punibilidad. Unicamente infracciones mínimas, que ya *in abstracto* no menoscaben el bien jurídico protegido (cfr. § 10, nm. 40), como pueden ser presentes bagatelas en los §§ 331 ss., o inexactitudes irrelevantes en los §§ 153 ss., pueden excluirse mediante una interpretación restrictiva.

d) Delitos de aptitud abstracta

Este grupo de delitos, introducido por Schröder [227] en la discusión como **127**
"delito de peligro abstracto-concreto", se puede ilustrar p.ej. en los §§ 186 ó 308, 2.ª alternativa. En dicho grupo han de darse ciertos elementos de puesta en peligro no designados con más precisión en la ley, que en el § 186 hacen que una expresión sea apta para el menosprecio o la degradación, o que en el § 308 hacen que el objeto incendiado resulte apto para la propagación del fuego. Estos elementos de aptitud han de ser determinados mediante interpretación judicial; pero ello no cambia el hecho de que se trata de delitos de peligro abstracto [228], pues no es preciso que se produzca un resultado de peligro concreto. En el caso del § 308 sucede incluso que circunstancias relevantes para la puesta en peligro concreto, como "el viento y el tiempo", están expresamente excluidas por la redacción de la ley ("aptos según su disposición y situación"). La restricción del tipo de los delitos de aptitud abstracta habrá que efectuarla siguiendo los mismos puntos de vista que son decisivos para los clásicos delitos de peligro abstracto (nm. 120 ss.) [229].

Por otra parte, entre los tipos que utilizan el elemento de la "aptitud" también hay algunos **128**
que hay que concebir como delitos de peligro concreto. Así p.ej., cuando los §§ 130 y 166 requieren acciones que sean "aptas" para "perturbar la paz pública", ciertamente habrá que exigir a tal efecto una efectiva puesta en peligro de la paz pública [230]. Sin embargo, un análisis en detalle de ese y otros tipos sólo se puede realizar en una exposición de la Parte especial [231].

---

[226] Así Schünemann, JA 1975, 793, 798, que ha sido el primero en destacar y denominar este grupo de casos.

[227] Schröder, JZ 1967, 522; idem, ZStW 81 (1969), 18 ss.; fundamentando y desarrollando la crítica, Gallas, Heinitz-FS, 1972, 171 ss.

[228] Sch/Sch/Cramer[24], antes del § 306, nm. 3; SK[4]-Horn, antes del § 306, nm. 18 (adhiriéndose a Gallas, Heinitz-FS, 1972, 171 ss.). Detalladamente sobre el grupo de casos de los delitos de aptitud Hoyer, 1987, que considera los delitos de aptitud como tercer grupo junto a los delitos de lesión y de peligro concreto por una parte, y a los delitos de peligro abstracto por otra.

[229] Cfr. tb. Wolter, 1981, 324.

[230] Gallas, Heinitz-FS, 1972, 181 s., con ulteriores citas.

[231] Cabe encontrar puntos de partida aprovechables al respecto en Wolter, 1981, *passim*.

§ 12. Dolo y error de tipo. La imputación al dolo en las desviaciones del curso causal

Bibliografía: Frank, Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre, ZStW 10 (1898), 169; v. Liszt, Die Behandlung des dolus eventualis im Strafrecht (1898), Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, t. 2, 1905 (reimpr. 1970), 251; v. Hippel, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1903; Rohland, Willenstheorie und Vorstellungstheorie, 1904; Klee, Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld, 1906; v. Hippel, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, VDA, t. III, 1908, 373; Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie, 1910; Lacmann, Wille und Wollen in ihrer Bedeutung für das Vorsatzproblem, ZStW 30 (1910), 767; Lacmann, Die Abgrezung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Stragfesetzbuch, ZStW 31 (1991), 142; Lacmann, Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes, GA 1911, 109; Grossmann, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1924; Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; Nowakowski, Der alternative Vorsatz, JBl 1937, 465; Engisch, Der finale Handlungsbegriff, Kohlrausch-FS, 1944, 141; Mezger, Rechtsirrtum und Rechtsblindheit, Kohlrausch-FS, 1944, 180; Schröder, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffes, Sauer-FS, 1949, 207; Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; Werner, Die finale Handlungslehre und der dolus eventualis, tes. doct. München, 1952; Nowakowski, Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz, ZStW 65 (1953), 379; Hall, Über die Leichtfertigkeit. Ein Vorschlag de lege ferenda, Mezger-FS, 1954, 229; Less, Genügt "bedingtes Wollen" zum strafbaren Verbrechensversuch?, GA 1956, 33; Schneider, Über die Behandlung des alternativen Vorsatzes, GA 1956, 257; Schmidhäuser, Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit, GA 1957, 305; Arm. Kaufmann, Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze, ZStW 70 (1958), 64 [=El dolo eventual en la estructura del delito. Las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo, trad. R. F. Suárez Montes, ADPCP 1960, 185]; Lampe, Genügt für den Entschluß des Täters in § 43 sein bedingter Vorsatz?, NJW 1958, 332; Remy, Zur Frage, ob für den Entschluß des Täters in § 43 StGB bedingter Vorsatz genügt, NJW 1958, 700; Schmidhäuser, Der Begriff des bedingten Vorsatzes in der neuesten Rechtsprechung des BGH und in § 16 Komm. Entw. StGB Allg. Teil 1958, GA 1958, 161; Bockelmann, Zur Auslegung des § 164 Abs. 5 StGB, NJW 1959, 1849; Germann, Grundlagen der Strafbarkeit nach dem Entwurf des Allgemeinen Teils eines deutschen StGB von 1958, ZStW 71 (1959), 157; Hall, Fahrlässigkeit im Vorsatz, 1959; Stratenwerth, Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit, ZStW 71 (1959), 51; Lampe, Ingerenz oder dolus subsequens, ZStW 72 (1960), 93; Germann, Vorsatzprobleme, dargestellt aufgrund kritischer Analyse der neueren Judikatur des Schweizerischen Bundesgerichtes, SchwZStr 77 (1961), 345; Jescheck, Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff, E. Wolf-FS, 1962, 473; Welzel, Vorteilsabsicht beim Betrug, NJW 1962, 20; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 1963 (^{5}1989); Roxin, Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, JuS 1964, 53 (= Grundlagenprobleme, 209); Ambrosius, Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung, 1966; Grünwald, Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts, H. Mayer-FS, 1966, 281; Oehler, Neue strafrechtliche Probleme des Absichtsbegriffs, NJW 1966, 1633; Jakobs, Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten, 1967; Kühn, Dolus eventualis bei Verkehrsunfällen?, NJW 1967, 24; Lenckner, Zum Begriff der Täuschungsabsicht in § 267 StGB, NJW 1967, 1890; Schmidhäuser, Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht, 1968; Arzt, Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung, JZ 1969, 54; Platzgummer, Die "Allgemeinen Bestimmungen" des StGB im Lichte der neuen Strafrechtsdogmatik, JBl 1971, 236; Roxin, Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems, ZStW 83 (1971), 369; Dreher, Zum Meinungsstreit im Bundesgerichtshof um § 237 StGB, NJW 1972, 1641; Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; Wolter, Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung

von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1972; Dreher, Nochmals § 237 StGB. Eine Erwiderung auf Hruschka, JZ 1973, 12, loc. cit., 276; Honig, Zur gesetzlichen Regelung des bedingten Vorsatzes, GA 1973, 257; Hruschka, Zum Tatvorsatz bei zweiaktigen Delikten, insbesondere bei der Entführung des § 237 n. F. StGB, JZ 1973, 12; Hruschka, Rückkehr zum dolus subsequens?, JZ 1973, 278; Philipps, Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko, ZStW 85 (1973), 27; Roxin, Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch, JuS 1973, 197; E. A. Wolff, Die Grenzen des dolus eventualis und der willentlichen Verletzung, Gallas-FS, 1973, 197; Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973; Krümpelmann, Vorsatz und Motivation, ZStW 87 (1975), 888; Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, 435, 511, 575, 647, 715, 787; Haft, Die Lehre vom bedingten Vorsatz unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlichen Betrugs, ZStW 88 (1976), 365; Herzberg, Die Problematik der "besonderen persönlichen Merkmale" im Strafrecht, ZStW 88 (1976), 68; Warda, Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorstellung über das Vorliegen strafbarkeitsausschließender, insbesondere rechtfertigender Tatumstände, Lange-FS, 1976, 119; Arzt, Leichtfertigkeit und recklessness, Schröder-GS, 1978, 119; Jakobs, Die subjektive Tatseite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung, Bruns-FS, 1978, 31; Roxin, Über den Tatentschluß, Schröder-GS, 1978, 145; Ross, Über den Vorsatz, 1979; Benfer, Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Die Polizei 1980, 149; Ingo Müller, Der Vorsatz der Rechtsbeugung, NJW 1980, 2390; Schmidhäuser, Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat ("dolus eventualis" und "bewußter Fahrlässigkeit"), JuS 1980, 241; Ebert/Kühl, Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat, Jura 1981, 225; Köhler, Vorsatzbegriff und Bewußtseinsform des Vorsatzes, GA 1981, 285; Morkel, Abgrenzung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat, NStZ 1981, 176; Sessar, Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität, 1981; Weigend, Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, ZStW 93 (1981), 657; Köhler, Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982; Schmoller, Das voluntative Vorsatzelement, ÖJZ 1982, 259, 281; Behrendt, Vorsatzgrenze und verfassungsrechtlicher Bestimmtheitsgrundsatz, v. Simson-FS, 1983, 11; Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983; Joerden, Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz. Zugleich eine Grundlegung zum Problem des dolus alternativus, ZStW 95 (1983), 565; Wolter, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beitrag zum "Strafgrund der Vollendung", en: Kriminologie, Psychiatrie, Strafrecht, 1983, 545; Zink/Günther/Schreiber, Vorsatz und Fahrlässigkeit bei Trunkenheit im Verkehr - medizinische und juristische Aspekte, BA 1983, 503; Kindhäuser, Der Vorsatz als Zurechnungskriterum, ZStW 96 (1984), 1; Krüger, Zur Frage des Vorsatzes bei Trunkenheitsdelikten, DAR 1984, 47; Theyssen, Vorsatz oder Fahrlässigkeit bei Trunkenheitsfahrten mit höheren Promillewerten aus der Sicht des Strafrechtlers, BA 1984, 175; Weidemann, Zur Bedeutung der Vorsatzart bei der Frage der Versuchsbeendigung, NJW 1984, 2805; Wolter, Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht. Zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus, en: Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 103 [= El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, trad. e intr. de Silva Sánchez, Madrid, Tecnos, 1991, 108]; Arzt, Falschaussage mit bedingtem Vorsatz, Jescheck-FS, 1985, 391; Hruschka, Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, Kleinknecht-FS, 1985, 191; Arm. Kaufmann, "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?, Jescheck-FS, 1985, 251; Köhler, Recens. de Frisch, Vorsatz und Risiko (1983), JZ 1985, 671; Schmidhäuser, Strafrechtlicher Vorsatzbegriff und Alltagssprachgebrauch, Oehler-FS, 1985, 135; Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtwissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 1.ª Parte: Tatbestands- und Unrechtslehre, GA 1985, 341; Gehrig, Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB, 1986; Geppert, Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, Jura 1986, 610; Herzberg, Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes, JuS 1986, 249; Herzberg, Vorsatz und erlaubtes Risiko - insbesondere bei der Verfolgung Unschuldiger (§ 344 StGB), JR 1986, 6; Joerden, Dyadische Fallsysteme im Strafrecht, 1986; Vest, Vorsatznachweis und materielles Strafrecht, 1986; Freund, Normative Probleme der Tatsachenfeststellung, 1987; Herzberg, Bedingter Vorsatz und objektive Zurechnung beim Geschlechtsverkehr des Aids-Infizierten, JuS 1987, 777; Herzberg, Die Strafandrohung als Waffe im Kampf gegen Aids?, NJW 1987, 1461; Herzberg, Zur Strafbarkeit des Aids-Infizierten bei unabgeschirmten Geschlechtsverkehr, NJW 1987, 2283; Küper, Vorsatz und Risiko - Zur Monographie von Wolfgang Frisch,

GA 1987, 479; Mylonopoulos, Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo, ZStW 99 (1987), 685; Schmidhäuser, Über einige Begriffe der teleologischen Straftatlehre, JuS 1987, 373; Spendel, Zum Begriff des Vorsatzes, Lackner-FS, 1987, 167; Ziegert, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987; Bottke, Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung, en: Schünemann/Pfeiffer, Die Rechtsprobleme von AIDS, 1988, 171; Herzberg, Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußten fahrlässigen Verhalten, JZ 1988, 573, 635; Joerden, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffes, 1988; Küpper, Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, ZStW 100 (1988), 758; Prittwitz, Die Ansteckungsgefahr bei AIDS, JA 1988, 427, 486; Schünemann, Die Rechtsprobleme der AIDS-Eindämmung, in: Schünemann/Pfeiffer, Die Rechtsprobleme von AIDS, 1988, 373; Bottke, Rechtsfragen beim ungeschützten Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten, AIFO 1989, 468; Brammsen, Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes - Neue Wege in der Vorsatzdogmatik?, JZ 1989, 71; Bruns, Ein Rückschlag für die AIDS-Prävention, MDR 1989, 199; W. Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 289 [= Los elementos característicos del dolo, trad. M.ª M. Díaz Pita, ADPCP 1990, 909]; Herzberg, AIDS: Herausforderung und Prüfstein des Strafrechts, JZ 1989, 470; Hillenkamp, Dolus eventualis und Vermeidewille, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 351; Prittwitz, Das "AIDS-Urteil" des Bundesgerichtshofs, StrV 1989, 123; Samson, Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht, JA 1989, 449; Schlehofer, Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten, NJW 1989, 2017; Schumann, Zur Wiederbelebung des "voluntativen" Vorsatzelements durch den BGH, JZ 1989, 427; Schünemann, Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Tötung, Körperverletzung oder Vergiftung?, JR 1989, 89; Seier, Rücktritt vom Versuch bei bedingtem Tötungsvorsatz, JuS 1989, 102; Silva Sánchez, Aberratio ictus und objektive Zurechnung, ZStW 101 (1989), 352 [= "Aberratio ictus" e imputación objetiva, ADPCP 1984, 347]; Frisch, Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung, Meyer-GS, 1990, 533; Frisch, Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?, JuS 1990, 362; H.-W. Mayer, Die ungeschützte geschlechtliche Betätigung des AIDS-Infizierten unter dem Aspekt der Tötungsdelikte - ein Tabu?, JuS 1990, 784; Prittwitz, Strafrechtliche Aspekte von HIV-Infektion und AIDS, en: Prittwitz (ed.), AIDS, Recht und Gesundheitspolitik, 1990, 125; Rengier, Die Unterscheidung von Zwischenzielen und unvermeidlichen Nebenfolgen bei der Betrugsabsicht, JZ 1990, 321; Schroth, Die Rechtsprechung des BGH zum Tötungsvorsatz in der Form des "dolus eventualis", NStZ 1990, 324; Bauer, Die Abgrenzung des dolus eventualis - ein Problem der Versuchsdogmatik, wistra 1991, 168; Frisch, Offene Fragen des dolus eventualis, NStZ 1991, 23; Puppe, Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis, ZStW 103 (1991), 1; Vest, Zur Beweisfunktion des materiellen Strafrechts im Bereich des objektiven und subjektiven Tatbestandes, ZStW 103 (1991), 584; Janzarik, Vorrechtliche Aspekte des Vorsatzes, ZStW 104 (1992), 65; Puppe, Die Logik der Hemmschwellentheorie des BGH, NStZ 1992, 576; Puppe, Vorsatz und Zurechnung, 1992; Scherf, AIDS und Strafrecht, 1992; Scheuerl, AIDS und Strafrecht, 1992; U. Schroth, Die Differenz von dolus eventualis und bewußter Fahrlässigkeit, JuS 1992, 1; Schultz, Eventualvorsatz, bedingter Vorsatz und bedingter Handlungswille, Spendel-FS, 1992, 303; M. Fischer, Wille und Wirksamkeit. Eine Untersuchung zum Problem des dolus alternativus, 1993; Kargl, Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie, 1993; Lund, Mehraktige Delikte, 1993; Prittwitz, Strafrecht und Risiko, 1993; Volk, Dolus ex re, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 611; Schroth, Vorsatz als Aneignung, 1994.

I. Fundamentos y formas de manifestación del dolo

1 Según la ley (§ 15) sólo es punible la realización dolosa de los tipos mientras en las disposiciones concretas de la Parte especial no esté también penada expresamente la actuación imprudente. Ya sabemos que el dolo dirigido a la realización de un tipo (el dolo típico) pertenece en sí mismo al tipo como parte subjetiva de éste (cfr. § 10, nm. 62 ss.). Pero es preciso aclarar más

detenidamente la cuestión de qué hay que entender en concreto por "dolo", cuya afirmación o negación decide la mayoría de las veces sobre la punibilidad y en todo caso sobre su magnitud.

2 Comúnmente [0] se distinguen tres formas distintas de dolo: la intención o propósito *(dolus directus* de primer grado), el dolo directo *(dolus directus* de segundo grado) [*] y el dolo eventual *(dolus eventualis)*. Las mismas se contraponen a las dos formas de la imprudencia, la consciente y la inconsciente. Resumiendo en forma de lemas: bajo el concepto de intención o propósito cae lo que el sujeto persigue; por el dolo directo (de segundo grado) son abarcadas todas las consecuencias que, aunque no las persigue, el sujeto prevé que se producirán con seguridad; y con dolo eventual actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad.

La distinción y determinación conceptual más exacta de las tres formas de 3 dolo es importante porque el legislador no siempre castiga cualquier actuación dolosa sin más, sino que frecuentemente exige una determinada "intención (o propósito)" (p.ej. §§ 142 III 2; 164 I; 167 I n.º 1; 242; 257 I; 258 I; 263) o utiliza expresiones equivalentes (así v.gr. el § 252: "para..."; § 267: "para engañar"), y en otros casos, mediante el requisito de "actuar a sabiendas" (p.ej. §§ 87 I, 109 e II, 134, 344 I) o de actuar "de mala fe" (p.ej. §§ 164 II, 187), al menos excluye el dolo eventual. Además, una descripción lo más exacta posible del dolo eventual es necesaria no sólo para delimitarlo de las restantes formas del dolo, sino sobre todo para diferenciarlo de la imprudencia consciente, distinción que en la mayoría de los casos posee importancia decisiva para la punibilidad.

Para caracterizar unitariamente las tres formas de dolo se emplea casi 4 siempre la descripción del dolo como "saber y querer (conocimiento y voluntad)" de todas las circunstancias del tipo legal [1]. A ese respecto, el requisito

[0] Frente a ello, Puppe, 1992, 63 ss., pretende renunciar a la clásica tripartición, definiendo el dolo en general como empleo a sabiendas de una estrategia idónea para realizar el tipo.

[*] En España usualmente no se habla de intención o propósito como forma de dolo —dolo directo de primer grado— (aunque sí se ha considerado tradicionalmente el empleo de esas palabras en la ley penal como exigencia por ésta de dolo directo de primer grado), sino que suele hablarse de dolo directo de primer grado; tampoco se denomina habitualmente dolo directo sin más al de segundo grado (al que incluso en ocasiones se le llama dolo indirecto o, sobre todo en la jurisprudencia, dolo de consecuencias necesarias). En el texto se mantiene la traducción directa de la terminología alemana (si bien utilizando la doble traducción de "intención o propósito" para la palabra alemana "Absicht", que por cierto tb. se emplea en alemán y en este libro para designar intenciones, propósitos o ánimos distintos al dolo —elementos subjetivos del injusto específicos—, como el de apropiación o el de lucro en algunos delitos patrimoniales); no obstante, para evitar confusiones, se añadirá "de segundo grado" a la expresión dolo directo, aun cuando Roxin no la utilice en el caso concreto de que se trate para referirse a esa forma de dolo. Cfr. además nm. 5 en el texto que sigue [N. del T.].

[1] Es cierto, sin embargo, que la cuestión de si al dolo pertenece un elemento "volitivo" (el "querer") es cada vez más discutida; cfr. al respecto el texto siguiente y las indicaciones bibliogrs. en nm. 61, n. 118.

intelectual ("saber") y el volitivo ("querer") están en cada caso diferentemente configurados en sus relaciones entre sí. En el caso de la intención, en el lado del saber basta con la suposición de una posibilidad, aunque sólo sea escasa, de provocar el resultado, p.ej. en un disparo a gran distancia. Dado que se persigue el resultado y que por tanto el "querer" es muy pronunciado, cuando el disparo da en el blanco concurre de todos modos un hecho doloso consumado. En cambio, en el dolo directo (de segundo grado) el "saber" es todo lo exacto que es posible. Si quien realiza un atentado sabe con seguridad que la bomba que hará saltar por los aires a su víctima también causará la muerte a las personas de alrededor, se puede calificar de "querida" la muerte de éstas, aunque no la persiga y por tanto el momento volitivo sea menos intenso que en caso de intención. Y finalmente, en el dolo eventual la relación en la que se encuentran entre sí el saber y el querer es discutida desde su base (cfr. más detenidamente nm. 21 ss.): pero en cualquier caso, el mismo se distingue de la intención en que no se persigue el resultado y por tanto el lado volitivo está configurado más débilmente, mientras que respecto del *dolus directus* (de segundo grado) también el saber relativo a la producción del resultado es sustancialmente menor. En esta reducción tanto del elemento intelectual como del volitivo se encuentra una disminución de la sustancia del dolo que, en los casos límite, aproxima muchísimo, haciéndolos ya apenas distinguibles, el *dolus eventualis* a la imprudencia consciente.

5 A menudo se reagrupan intención (o propósito) y dolo directo como *dolus directus* de primer y segundo grado y se los contrapone conjuntamente al *dolus eventualis* [2]. Ello es correcto e importante en cuanto que, siempre que se restringe —por disposición legal expresa o por interpretación— la punibilidad al *dolus directus*, éste incluye también la intención, de modo que sólo el *dolus eventualis* queda exento de pena. Por otro lado, el concepto de intención (o propósito), cuando es utilizado en la ley, abarca también a menudo el *dolus directus* de segundo grado (nm. 14 s.), de manera que también desde este punto de vista puede tener sentido la agrupación de ambas formas de dolo.

6 Mientras que la imprudencia consciente o inconsciente se puede describir plásticamente como "negligencia o ligereza" o "falta de atención contraria al deber", apenas se ha intentado hasta ahora concretar materialmente lo que tienen en común las tres clases de dolo más allá de la caracterización formal del "saber y querer" [3]. En la presente exposición se defenderá la opinión de que la "realización del plan" constituye la esencia del dolo: un resultado ha

---

[2] Así últimamente en especial Welzel, NJW 1962, 21; Oehler, NJW 1966, 1633. Samson, JA 1989, 452, propugna no hablar en absoluto, en el marco de la teoría del dolo, de "intención (o propósito)", sino sólo de "*dolus directus* de primer grado" y reservar el concepto de intención (o propósito) para los delitos con tendencia interna trascendente (intención —propósito o ánimo— de lucro en el § 263, intención —propósito o ánimo— de apropiación en el § 242, etc.).

[3] La caracterización del *dolus eventualis*, desarrollada por primera vez por mí (JuS 1964, 58 = = Grundlagenprobleme, 224), como "decisión por la posible lesión de un bien jurídico" (cfr. nm. 23) se utiliza recientemente con frecuencia como criterio general del dolo; cfr. últimamente W. Hassemer, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 295 [= ADPCP 1990, 916; N. del T.], con ulteriores referencias. Ello no es erróneo, pero así se abarca sólo un aspecto del dolo (cfr. tb. n. 26).

de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva. Lo anterior es evidente en la intención (o propósito) y en el dolo directo (de segundo grado), pero puede servir además como directriz en la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente. Si p.ej. alguien atropella a otro intencionadamente con el coche y se da cuenta de que posiblemente lesionará además a un tercero, entonces ha admitido también en su plan, al incluir lo anterior en su cálculo, la eventual lesión del tercero y, en caso de producirse, la ha realizado dolosamente, por mucho que la lesión en sí no le resulte agradable. Por el contrario, cuando alguien sigue fumando en la cama pese a las advertencias de su novia y provoca así un incendio, sólo es culpable de un incendio por imprudencia (consciente) y no de un incendio doloso; porque, aun cuando el sujeto ha hecho caso omiso de las advertencias bienintencionadas, no puede interpretarse el resultado como realización de un plan de incendio. El criterio de la realización del plan adquiere también importancia decisiva para la imputación al dolo típico en relación con el difícil problema de la desviación de cursos causales (cfr. más detenidamente nm. 135 ss.).

1. La intención (o propósito)

Si bien existe acuerdo sobre que la intención (o propósito) es la "persecución 7
dirigida a un fin" del resultado típico, se discute sin embargo en extremo cómo ha de ser interpretado este elemento concretándolo en los distintos tipos. El P 1962 había intentado una definición (§ 17): "Actúa intencionadamente aquel a quien lo que le importa es realizar el elemento para el que la ley requiere actuación intencionada". Pero la misma no se trasladó a la ley debido a la falta de claridad sobre este concepto y al significado cambiante que puede poseer, según la op. dom., en diferentes tipos. También la jurispr. estima que el concepto de intención ha de ser interpretado a menudo de manera diferente "según la naturaleza jurídica de la acción punible y según la finalidad perseguida en cada caso por el legislador con la conminación penal" (BGHSt 4, 108; así también BGHSt 9, 144; 13, 221; 16, 3). Pero hasta ahora no se ha conseguido poner de relieve aquel conjunto nuclear de caracteres conceptuales comunes que permita siquiera considerar la "intención (o propósito)" un elemento de la Parte general, ni hacer plausibles las finalidades que justificarían una interpretación tan diversa en la Parte especial [4]. Las investigaciones completas son escasas [5]. Sin embargo el concepto se podrá reconducir en buena medida a un denominador común, tal y como se admite la mayoría de las veces.

---

[4] Arzt habla por ello de un caos conceptual, cfr. Arzt/Weber, BT 3², nm. 466.

[5] En tiempos recientes sólo Gehrig, 1986, proporciona análisis diferenciados de numerosos tipos concretos. Lund, 1993, 130 ss., desarrolla para los delitos y formas de comisión con pluralidad de actos un concepto de intención, apoyado en bases analíticas del lenguaje, como nexo de planificación.

8 En primer lugar, es seguro que, cuando lo que le importa al sujeto es el resultado que persigue, existe intención, aun cuando la producción del resultado no se represente como segura, sino sólo como posible.

Ejemplo 1 (BGHSt 21, 283): El ladrón quiere matar a dos mujeres testigos del hecho mediante golpes con la culata de la escopeta, pero no está seguro de si conseguirá ese resultado mediante los golpes.

La intención de encubrimiento que presupone el asesinato (o la tentativa de asesinato) * se da aquí, aun cuando la producción del resultado fuera incierta. No concurre sólo un dolo eventual, que no bastaría para el § 211 [asesinato] [6]. No obstante, la representación de la posibilidad ha de alcanzar el grado que haga posible un riesgo jurídicamente relevante y por tanto una imputación del resultado. Ello sucederá por regla general en el caso de un disparo realizado con intención de matar, aun cuando se dispare desde muy lejos. En los conocidos casos académicos del tipo de que se induce a alguien a dar un paseo durante una tormenta con la esperanza de que así pueda matarlo un rayo, falta en cambio la intención de matar (como en general el dolo de matar), porque lo perseguido ya no puede ser objetivamente imputado como homicidio típico (más detenidamente § 11, nm. 36, 45 ss.) [7].

9 Tampoco es dudoso que cuando el legislador exige una intención (o propósito) sólo ha de ser abarcado por la intención el correspondiente resultado, y no además las circunstancias que legalmente acompañan a aquél. En el ánimo o intención de apropiación antijurídica del § 242 [hurto] sólo ha de ser intencionada por tanto la apropiación. En relación con su antijuridicidad basta el *dolus eventualis* (RGSt 49, 142). Lo mismo rige para la antijuridicidad del lucro o enriquecimiento al que se dirige el ánimo o intención en la estafa (RGSt 55, 261).

10 Cada vez se impone también más la opinión de que la intención (o propósito) no debe significar el motivo, la finalidad última del sujeto [8], sino que la intención típica concurre aun cuando el resultado perseguido sirva para la consecución de ulteriores fines de otra índole del sujeto. Así, existe ánimo o intención de lucro o enriquecimiento antijurídico y por tanto también estafa, aun cuando al sujeto, en su producción de un perjuicio patrimonial mediante

* El § 211 StGB tipifica como asesinato, entre otras conductas, el matar a una persona para encubrir otro delito [N. del T.].

[6] Así tb. BGHSt 21, 284. Equívoco en cambio BGHSt 16,5: "Quien... se representa un resultado sólo como posible no lo persigue... con la incondicionalidad que caracteriza la actuación intencional." En contra, con razón, Welzel, NJW 1962, 21.

[7] Discr. LK[10]-Schroeder, § *16, nm. 76, quien propugna no exigir siquiera una representación de* la posibilidad: "El hecho de perseguirlo... confiere al sujeto una relación interna tan intensa con el resultado que no es necesario elemento alguno en la faceta del saber".

[8] Cfr. v.gr. tb. BGHSt 9, 146; 11, 173 s.; discr. BGHSt 18, 154 ss. ("móvil decisivo") y en la literatura científica sobre todo Baumann/Weber, AT[9], § 26 III 2 a, que entienden la intención (o propósito) como "móvil principal", si bien no se refieren con ello a la "finalidad última", sino al motivo "primero, más próximo".

engaño y en su enriquecimiento, no le importe en última instancia la ventaja patrimonial, sino p.ej. la satisfacción de su ambición profesional (RGSt 27, 217) o la lucha contra el capitalismo. Por tanto, intencional es en todos los casos también aquello que se realiza de propósito como medio para ulteriores fines. Tampoco hace falta que la intención típica sea la única finalidad que persiga el sujeto. Si alguien es sorprendido hurtando un monedero y emplea entonces violencia, primero, para no ser atrapado y, segundo, para poder conservar el botín, posee la intención exigida en el § 252 [hurto con violencia o intimidación posterior], aun cuando no sólo actuó "para mantenerse en posesión del bien hurtado" (BGHSt 13, 64).

Se puede decir por tanto: los resultados conscientemente causados y desea- **11**
dos son siempre intencionales, aun cuando su producción no sea segura o no sea la finalidad última (el móvil, el motivo) o la finalidad única de quien actúa [9]. Por otro lado, los resultados indeseados cuya producción el sujeto no había considerado segura, sino sólo posible o probable, han de considerarse a lo sumo producidos con dolo eventual. Así queda para la polémica sobre el concepto de intención (o propósito) sólo un grupo intermedio de casos, en los que el sujeto debe producir con seguridad un resultado típico, pero no desea ese resultado, sino que se enfrenta a él con indiferencia o incluso pesar. Debido a la seguridad de la producción del resultado, tales casos son como mínimo ejemplos de dolo directo (*dolus directus* de segundo grado). Pero, ¿pueden bastar también para la exitencia de una "intención"?

Ejemplo 2 (BGHSt 16, 1): Inmediatamente antes de la salida del tren, A descubre que **12**
ha olvidado en casa su bono de transporte. Como quiere llegar a tiempo sin falta a un cursillo, pero sacar un billete antes de subir al tren o al bajarse de él le habría llevado demasiado tiempo, intenta colarse por la barrera sin billete válido. ¿Estafa (§ 263)?

Ejemplo 3: Un preso se evade —a falta de otra ropa— vestido por fuerza con el uniforme del establecimiento, del que posteriormente se deshace a la primera oportunidad de cambiarse de ropa. ¿Hurto de la indumentaria del establecimiento (§ 242)?

Ejemplo 4 (BGHSt 4, 107): Un taxista lleva a casa a unos ladrones con su botín a cambio de la tarifa habitual. Le es indiferente y más bien desagradable el estar asegurando así a los ladrones los beneficios del delito. ¿Encubrimiento (§ 257)?

Ejemplo 5 (BGHSt 13, 219): Para motivar a su novio a casarse, A le miente haciéndole creer que posee una fortuna de la que sus parientes la tienen ilícitamente apartada. El novio insta a A a presentar una denuncia contra sus parientes. A presenta la denuncia con conciencia de su falsedad, para no perder a su novio desvelándole sus embustes. ¿Denuncia falsa (§ 164)?

Los ejemplos muestran que en los delitos intencionales se pueden distinguir **13**
dos grandes grupos de casos, que ponen de manifiesto —en los supuestos a

---

[9] En otro sentido Welzel, NJW 1962, 22, en relación con el carácter de "deseado": si alguien, para llegar a tiempo a una ópera, prescinde de comprar el billete del medio de transporte y además se "alegra de ahorrarse el precio del viaje", faltaría la "intención" en el sentido del § 263 [estafa] o del § 265 a [fraude de servicios]. Pero lo mismo dista de resultar convincente: no puede eximir de pena al sujeto el que mate dos pájaros de un tiro, aun cuando hubiera renunciado a la producción del enriquecimiento o lucro antijurídico deseado, de no haber existido la finalidad jurídicamente neutra de asistir a la ópera.

que nos hemos referido ya antes— un significado distinto en cada caso del concepto de intención (o propósito). En el primer grupo, al que pertenecen los ejemplos 1 y 2, el ánimo o intención de lucro o de apropiación es constitutivo de la clase de delitos que con él requiere más que un perjuicio ajeno consciente e incluso intencional. No comete aún estafa quien perjudica a otro mediante engaño (v.gr. para enfadarle), sino sólo quien lo hace con el ánimo o intención de lucro o enriquecimiento antijurídico. La estafa no es por tanto un caso de perjuicio patrimonial artero, sino un delito de enriquecimiento. Pero, si la figura de delito está decisivamente marcada por el ánimo o intención de lucro, parece consecuente rechazar este último cuando el lucro o enriquecimiento se le impone sólo contra su deseo y su voluntad al sujeto, que actúa por otra motivación. Así sucede en el ejemplo 2, si al sujeto el impago del precio del viaje le parece sólo un aspecto accesorio lamentable, pero inevitable de su acción engañosa motivada por otras finalidades; la constelación resulta, en una contemplación valorativa, más próxima a la figura de la causación artera de perjuicio ajeno que a la del lucro o enriquecimiento ilícito. Si en cambio A recibió con agrado poder ahorrarse además el precio del viaje, el lucro o enriquecimiento es un fin concomitante (aunque no autónomo) de su actuación y puede ser castigado como estafa. Esta solución coincide con la del BGH [10]. De manera análoga habría que resolver el caso de un policía berlinés que en un viaje de servicio condujo su coche por la RDA, contraviniendo la prohibición y después declaró a efectos de dietas un viaje en avión para no tener que descubrir su infracción disciplinaria (así también en el resultado KG NJW 1957, 882). Del mismo modo que el ánimo o intención de lucro en la estafa, también el ánimo o intención de apropiación posee carácter constitutivo del delito en el hurto. Lo que marca la figura de delito no es la privación de la propiedad y la custodia ajenas, que es impune como tal, sino sólo la persecución de la apropiación. Cuando, como por regla general sucederá en el ejemplo 3, la obtención de la cosa le viene impuesta por fuerza al sujeto sólo por las circunstancias en su persecución del fin de evadirse, la conducta está más próxima a la figura de la sustracción de cosas y debería quedar impune (así la op. absolutamente dom.). Cosa distinta sucede cuando el preso huye con las llaves del establecimiento (BGH MDR 1960, 689), pues aquí el hurto de las llaves constituye el medio necesario y deseado para conseguir la finalidad última de la liberación.

[10] La doctrina científica rechaza por regla general BGHSt 16, 1 ss., pero ella misma llega sólo "a distinciones poco plausibles" (Arzt/Weber, BT/3^2, nm. 467). Las dificultades de prueba se pueden solventar la mayoría de las veces cuando existe una apreciación exacta de todas las circunstancias del supuesto de hecho y de la personalidad. Lo anterior es discutido por Rengier, JZ 1990, 321, quien defiende con razones como mínimo dignas de ser tenidas en cuenta incluir toda consecuencia accesoria inevitable prevista como segura en el concepto de ánimo o intención del § 263.

14 Por el contrario, en el segundo grupo de casos, al que corresponden los ejemplos 4 y 5, la figura de delito se caracteriza únicamente por la lesión típica de bienes jurídicos: el daño a la administración de justicia y a intereses individuales que concurren de manera respectivamente diversa en el encubrimiento y la denuncia falsa. Cuando el legislador requiere aquí la "intención" de asegurar los beneficios (§ 257) o la "intención" de provocar... un procedimiento oficial (§ 164), no quiere con ello modificar la figura de delito, sino sólo exceptuar de la punición la actuación únicamente aventurada en relación con el resultado (o sea el dolo meramente eventual) [11]. El taxista del ejemplo 4 ha de ser castigado por encubrimiento, aun cuando no deseara sino que le fuera indiferente o incluso lamentable asegurar a los ladrones los beneficios del delito por mor de la retribución perseguida (parcialmente discr., pero como aquí en el resultado BGHSt 4, 107); pues sería incomprensible desde un punto de vista teleológico que el aseguramiento de un beneficio delictivo realizado con conciencia clara de su indefectible producción hubiera de quedar impune sólo porque el sujeto estaba motivado por móviles exclusivamente de provecho propio [12]. De manera análoga, la mujer del ejemplo 5 debe ser castigada por denuncia falsa (así también BGHSt 13, 219), incluso si sólo con repugnancia interna ha provocado el proceso penal. Pues el fundamento de la punición del § 164 no radica en la maldad de la motivación del sujeto, sino en inducir a error a las autoridades y en el perjuicio al falsamente denunciado.

15 En los casos en que la intención no posee un significado caracterizador de la figura de delito, la misma abarca por tanto todo el ámbito del dolo directo (del *dolus directus* de segundo grado). Toda acción que se emprende con conciencia de la segura producción del resultado propuesto encaja en el tipo, con independencia de si el resultado propuesto es bien recibido o no por el autor. Cuando en cambio la intención no posee carácter constitutivo para la figura de delito, si bien no es tampoco preciso para la realización del tipo que la causación del resultado intencionado propuesto represente la finalidad última o principal de la actuación, sin embargo el mismo ha de ser deseado al menos como finalidad secundaria. De este modo se obtiene una directriz para la interpretación de todos los tipos concretos, interpretación que no se puede

---

[11] Algunos autores pretenden incluso que en tales delitos intencionales baste tb. el *dolus eventualis* (Herzberg, ZStW 88 [1976], 95; Stratenwerth, AT[3], nm. 318). Sin duda se puede discutir sobre si en tales casos el *dolus eventualis* no resulta tb. merecedor de pena. Pero su inclusión atentaría contra el principio *nullum crimen*, pues desde el punto de vista del lenguaje no se puede entender dentro de la "intención" el mero "conformarse con"; tampoco tendría sentido hablar de "intención" en la ley, queriéndose referir a todas las formas de dolo. A favor sin embargo de la interpretación de "intención" como *dolus eventualis* en el § 229 [envenenamiento] de nuevo ahora Schünemann, JR 1989, 91 ss., y Herzberg, JZ 1989, 480 s.; en contra Frisch, JuS 1990, 370.

[12] Cfr. Sch/Sch/Stree[24], § 257, nm. 22; SK[3]-Samson, § 257, nm. 31; de otra opinión la concepción mayoritaria.

efectuar aquí. Sólo a modo de ejemplo señalaremos que v.gr. en la falsificación de documentos (§ 267) el elemento "para inducir a error en el tráfico jurídico" no modifica la figura de delito; ésta consiste en que se enturbia la pureza del tráfico probatorio, y precisamente a eso se refiere también la intención de inducir a error. El elemento subjetivo del tipo serviría únicamente para anticipar la pena del delito consumado. Por tanto, quien, por motivos puramente privados (para salvaguardar su prestigio), falsifica la firma en una letra de cambio y sabe que el tomador es inducido así a realizar una conducta jurídicamente relevante, ha de ser castigado conforme al § 267, aun cuando ello le trajera sin cuidado [13]. También es más que dudoso que la "intención de socavar" en el caso del § 89 (influencia contraria a la Constitución sobre el ejército federal u órganos públicos de seguridad) caracterice la figura de delito señalando "el móvil decisivo" del sujeto (como cree BGHSt 18, 151, 155, apoyándose en la Comisión Jurídica del Congreso Federal). Pues el precepto no pretende castigar una actitud interna hostil al Estado, sino proteger la operatividad de los órganos de seguridad; y ésta se pone igualmente en peligro *cuando un agente a sueldo realiza su misión subversiva únicamente por dinero* [14].

16 El resto de la literatura científica se sitúa también en la línea de esta distinción, en los casos en que se molesta mínimamente en buscar baremos generalizadores en la determinación del concepto de intención (o propósito) en la Parte especial. Así Lenckner [15] se fija en si el elemento intencional pretende reforzar la protección del bien jurídico o por el contrario restringirla. El primer caso se da cuando se anticipa la consumación (como en los §§ 164, 257, 267 y 288); en este caso la intención (o propósito) abarcaría el *dolus directus* de segundo grado. El segundo caso se produce en cambio cuando un bien jurídico no se protege en todo caso, sino sólo bajo el presupuesto de una determinada motivación del sujeto. Así sucede en el § 263, en el que junto al perjuicio patrimonial se exige, de manera restrictiva, el ánimo o intención de lucro o enriquecimiento, y en el § 242, donde junto a la lesión de la propiedad y la custodia se exige por añadidura el ánimo o intención de apropiación; lo mismo rige para los §§ 249, 253 y 259. Aquí exige Lenckner un *dolus directus* de primer grado, o sea "que sea lo que le importa al sujeto". De manera similar Gehrig [16] distingue entre la intención como "elemento que se refiere a circunstancias ajenas al bien jurídico protegido" (§§ 242, 263, etc.), y la intención como elemento relativo al bien jurídico protegido (§§ 164, 267, etc.); en el primer grupo de casos exige una intención en sentido estricto, mientras que

[13] En este sentido tb. Lenckner, NJW 1967, 1890; Gehrig, 1986, 79 ss.; de otra opinión BayObLG NJW 1967, 1476, en que se exige una auténtica "intención".
[14] Así tb. LK[10]-Schroeder, § 16, nm. 20.
[15] Lenckner, NJW 1967, 1894.
[16] Gehrig, 1986, 45 ss., 79 ss.

en el segundo considera suficiente el dolo directo (de segundo grado) [17]. También Samson [18] considera una división de ese tipo un "punto de vista" esencial "para la interpretación": "Siempre que la intención no se refiera a la lesión de un bien jurídico, sino que tenga la función de destacar como punibles dentro del gran círculo de lesiones de un bien jurídico llevadas a cabo algunas que poseen una motivación especial, la intención sólo puede aparecer en forma de *dolus directus* de 1.er grado".

En cambio no se pueden enunciar criterios generales de interpretación **17** cuando el legislador emplea la intención (o propósito) no como elemento subjetivo del tipo, sino como forma de manifestación del dolo. Pero, dado que el legislador equipara con frecuencia la intención y el dolo directo (de segundo grado) mediante la expresión "intencionadamente o a sabiendas" (p.ej. en el § 258), restan como tipos intencionales puros sólo los §§ 142 III 2 [obstrucción intencionada de la investigación en el delito de fuga del lugar del accidente] y 225 [lesiones de propósito], de modo que la trascendencia práctica de la cuestión es escasa [19]. En el § 142 III 2 hay muchos datos a favor de una interpretación estricta del elemento intencional en el sentido del *dolus directus* de primer grado [20]; en el § 225 hay que incluir en cambio el dolo directo (de segundo grado), a la vista del § 226 [lesiones con resultado de muerte].

2. El dolo directo (de segundo grado)

Como ya vimos (nm. 5), la intención también pertenece al dolo directo en **18** sentido amplio. En sentido estricto éste abarca las consecuencias o circunstancias cuya realización no es intencionada, pero de cuya producción o concurrencia con seguridad se percata el sujeto, ocasionándolas conscientemente. Como ejemplo académico sirve el caso del asesino de masas Thomas [21], quien pretendía hacer saltar por los aires un barco con la finalidad de cometer una estafa de seguro, previendo como segura la muerte de los miembros de la tripulación. Pero más allá de este caso hay que apreciar un dolo directo (de segundo grado) también en relación con aquellas consecuencias accesorias cuya producción no es segura, pero está ligada con seguridad a la consecuencia principal [22]. En el caso Thomas concurre por tanto también un dolo directo (de segundo grado) de matar, aun cuando el sujeto no esté completamente seguro de que la bomba por él colocada explotará, pero haya partido de la

---

[17] No obstante, en algunos tipos del segundo grupo, sobre todo en el encubrimiento real (pp. 110 ss.), exige tb. un *dolus directus* de primer grado, en cuanto que utiliza el elemento intencional como correctivo a tipos formulados de forma demasiado amplia en su parte objetiva. Críticamente al respecto Samson, JA 1989, 454; cfr. antes ya Lenckner, NJW 1967, 1894, n. 34.
[18] Samson, JA 1989, 453, invocando sobre todo a Lenckner.
[19] Samson, JA 1989, 452.
[20] Gehrig, 1986, 140 s.
[21] Al respecto, Binding, Normen, t. II/2, ^{2}1916, 851 ss.
[22] Jakobs, AT^{2}, 8/18; Samson, JA 1989, 450 s.

idea de una muerte segura de los miembros de la tripulación en el caso de que eso suceda. El legislador designa el dolo directo (de segundo grado) mediante las expresiones "a sabiendas" (§ 258) o "de mala fe" (§§ 164, 187).

19 El dolo directo (de segundo grado) representa un "querer" la realización del tipo, aun cuando el resultado sea desagradable para el sujeto. "Las consecuencias de la acción que se reconocen como necesarias son asumidas en su voluntad por el agente, aun cuando no tenga en absoluto interés en esas consecuencias" (RGSt 5, 314 ss., 317). Thomas quiso por tanto la muerte de los miembros de la tripulación, incluso si las lamentó y habría preferido evitarlas. Era parte integrante de su plan del hecho y eso es suficiente para el dolo.

20 La delimitación entre el dolo directo (de segundo grado) y el dolo eventual es sencilla: cuando falta la intención y el sujeto no está seguro de si una determinada circunstancia del hecho concurre o de si se producirá una consecuencia típica, no existe en ningún caso *dolus directus* (de segundo grado), sino a lo sumo dolo eventual, que habrá que distinguir aún de la imprudencia consciente. A este respecto habrá que admitir que altos grados de probabilidad equivalen a la seguridad [23]. A quien con un 99 % de probabilidad parte de la idea de que los hechos lesivos del honor que sobre otro difunde son falsos habrá que castigarle, cuando efectivamente lo sean, por difamación intencional o a sabiendas (§ 187) y no sólo por maledicencia o difamación no a sabiendas (§ 186).

3. El dolo eventual *(dolus eventualis)*

a) El dolo eventual como decisión por la posible lesión de bienes jurídicos

21 La cuestión de cómo se ha de determinar y cómo se ha de delimitar el dolo eventual frente a la imprudencia (consciente) no sólo posee una extraordinaria importancia práctica, sino que es considerada también "una de las cuestiones más difíciles y discutidas del Derecho penal" [24]. Nos acercaremos a ella a partir de un caso que influyó de manera esencial en la discusión en la postguerra.

Ejemplo 6 (BGHSt 7, 363): K y J querían robar a M. Decidieron estrangularlo con una correa de cuero hasta que perdiera el conocimiento y sustraerle entonces sus pertenencias. Como se percataron de que el estrangulamiento podría conducir en determinadas circunstancias a la muerte de M, que preferían evitar, resolvieron golpearle con un saco de arena en la cabeza y hacerle perder la conciencia de ese modo. Durante la ejecución del hecho reventó el saco de arena y se produjo una pelea con M. Entonces K y J recurrieron a la correa de cuero que habían llevado por si acaso. Hicieron un lazo en torno al cuello de M y tiraron de ambos extremos hasta que aquél dejó de moverse. Acto seguido se apoderaron de las pertenencias de M. A continuación les surgieron dudas sobre si M estaría aún vivo y realizaron intentos de reanimación, que resultaron inútiles.

---

[23] Así tb. Jescheck, AT[4], § 29 III 2.
[24] Welzel, StrafR[11], 69 [= PG, 1987, 101; N. del T.].

¿Existe aquí una muerte doloso-eventual y por tanto un asesinato (§ 211) o sólo un homicidio imprudente (§ 222)? Para responder esta cuestión se ha de recurrir a la diferencia material que existe entre dolo e imprudencia y que *supra* (nm. 6) se caracterizó señalando que el dolo es "realización del plan", mientras que la imprudencia consciente es sólo "negligencia o ligereza". Si se parte de este criterio directriz, se puede reconocer que se trata aquí de un caso límite, pero que hay que ubicar (precisamente aún) en el dolo eventual. Pues los sujetos no actuaron de manera descuidada e irreflexiva, sino que, se dieron perfecta cuenta de que su actuación podría conducir fácilmente a la muerte de M y precisamente por eso renunciaron a ese plan. Cuando después, al fracasar el plan sustitutivo, volvieron al proyecto original, se arriesgaron conscientemente a la muerte de M, por muy desagradable que les resultara tal consecuencia. "Incluyeron en su cálculo" la —eventual— muerte de la víctima, la hicieron parte integrante de su plan y, en esa medida, la "quisieron". 22

La anterior delimitación es materialmente correcta, porque es la que mejor responde a la considerable diferencia de punibilidad entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. Quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente —aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo— en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo. Esta "decisión por la posible lesión de bienes jurídicos" es la que que diferencia al dolo eventual en su contenido de desvalor de la imprudencia consciente [25] y la que justifica su más severa punición [26]. Cuando p.ej. alguien, a pesar de la advertencia de su acompañante, adelanta de manera arriesgada y provoca así un accidente, este accidente no estará causado por regla absolutamente general dolosamente, sino sólo por imprudencia consciente, aunque el sujeto —hasta aquí como en el caso de la correa de cuero— conocía las posibles consecuencias e incluso se 23

---

[25] Frente a esto, Frisch, 1983, 496, ve en el *dolus eventualis* "la auténtica forma básica del dolo". La intención (o propósito) y el saber seguro son para él sólo supuestos "en que la 'decisión del sujeto en contra del bien jurídico' (o sea el dato básico del dolo) es especialmente evidente" (pp. 498 s.). Tb. en W. Hassemer, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 309 [= ADPCP 1990, 931; N. del T.], se lee: "El dolo es decisión por el injusto. Esta definición vale para todas las formas de dolo." Sin embargo no convence el que precisamente el criterio que se sitúa en el límite más próximo a la imprudencia consciente y plantea la mayoría de los problemas de distinción deba resultar el decisivo tb. en la intención (o propósito) y en el *dolus directus* (de segundo grado). El criterio de la realización del plan aquí defendido, al considerar que el dolo se realiza de la forma más pura en la intención (o propósito) y al observar en el *dolus directus* (de segundo grado) y en el *dolus eventualis* debilitamientos graduales de la sustancia del dolo, se adecua mejor al fenómeno.

[26] Roxin, JuS 1964, 58 (= Grundlagenprobleme, 224); de acuerdo en este punto sobre todo SK[5]-Rudolphi, § 16, nm. 39; Stratenwerth, AT[3], nm. 255; W. Hassemer, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 295 ss. [= ADPCP 1990, 916 ss.; N. del T.]; con el criterio de la decisión operan sin embargo de forma similar tb. Frisch, 1983, 111 ss.; Ziegert, 1987, 84 ss., 142 ss.; Philipps, ZStW 85 (1973), 27 ss.; Brammsen, JZ 1989, 79.

le había advertido de ellas. La diferencia radica sin embargo en que el conductor, en tal situación y pese a su conciencia del riesgo, confía en poder evitar el resultado mediante su habilidad al volante, pues de lo contrario desistiría de su actuación, porque él mismo sería la primera víctima de su conducta. Esta confianza en un desenlace airoso, que es más que una débil esperanza, no permite llegar a una decisión en contra del bien jurídico protegido. Sin duda se le puede reprochar al sujeto su descuidada negligencia o ligereza y castigarle por ello, pero como no ha tomado decisión alguna en contra de los valores jurídicos típicamente protegidos (como aquí la vida, la integridad corporal, la propiedad ajena), aquel reproche es más atenuado y merece sólo la pena de la imprudencia.

24 Nuestra delimitación demuestra, como además se reconoce en general, que la denominación "dolo eventual o condicionado *" es incorrecta. Pues el dolo, como voluntad de acción realizadora del plan, precisamente no es "eventual o condicionado", sino, por el contrario, incondicional, puesto que el sujeto quiere ejecutar su proyecto incluso al precio de la realización del tipo (o sea "bajo cualquier eventualidad o condición"). Unicamente la producción del resultado, no el dolo, depende de eventualidades o condiciones inciertas. Sería por tanto más correcto hablar de un dolo sobre la base de hechos de cuya inseguridad se es consciente. No obstante, por razones de tradición, se mantendrá aquí el concepto generalizado de "dolo eventual o condicionado". Esto es inocuo si se tiene claro que un dolo condicionado según el uso preciso del lenguaje, en el sentido de una voluntad condicionada, no es aún un dolo jurídicopenalmente relevante en absoluto. Quien todavía no está decidido, sino sólo "inclinado al hecho", no actúa dolosamente. Cuando p.ej. alguien saca una pistola cargada, pero todavía no está seguro de si la utilizará para disparar o sólo para intimidar, no concurre aún dolo y por tanto tampoco una tentativa punible [27]. Si entonces se escapa un disparo que mata al adversario, sólo puede plantearse un homicidio imprudente (§ 222). La exigencia de la "decisión incondicional" como presupuesto de cualquier dolo desempeña un papel importante sobre todo en la teoría de la tentativa y habrá de examinarse con más detalle al tratar de ésta.

25 La separación del dolo y la imprudencia es una delimitación según el tipo de injusto y confirma así la ubicación del dolo típico en el tipo mismo (§ 10, nm. 69). Quien produce conforme a un plan un resultado típico realiza un tipo de delito distinto que quien no ha incluido en sus cálculos el resultado y lo produce por negligencia o ligereza. El que se pueda delimitar, como intentan demostrar los finalistas, la actuación doloso eventual como "final", del hecho realizado con imprudencia consciente como actuación "no final", depende de cómo se entienda el concepto de finalidad. Si se parte de un concepto normativo de finalidad, en el que la finalidad se presenta como realización conforme a un plan de un tipo de delito, entonces ello se corresponde con la doctrina aquí defendida. Si por el contrario se adopta

* Para entender mejor lo que sigue conviene aclarar que en alemán al dolo eventual se le da el nombre de "*bedingter* Vorsatz", lo que literalmente significaría "dolo *condicionado*"; sin embargo, en la tradición española el dolo condicionado es algo diferente al eventual, por lo que, además de por la unánime utilización de la expresión "dolo eventual", se ha evitado en general esa traducción. En este nm. se seguirá traduciendo, en la medida de lo posible, "bedingter" por "eventual" y "Bedingung" ("condición") por "eventualidad", mientras el texto siga teniendo sentido (lo que ocurrirá con frecuencia, dado que "eventual" significa "sujeto a cualquier evento o contingencia" y "condicionado" sería lo que se ha hecho depender de alguna condición), pero se añadirá el significado más literal de los términos aludidos y, en alguna ocasión, cuando lo exija el sentido del texto, se utilizarán sólo éstos [N. del T.].

[27] En profundidad Roxin, Schröder-GS, 1978, 145 ss.

un concepto de finalidad ontológico, que se fije en el puro saber causal, entonces debería contemplarse también la imprudencia consciente como acción final [28].

La delimitación entre dolo e imprudencia expresa sin embargo no sólo una diferencia de injusto, sino también una diferencia importante de culpabilidad, que justifica la distinta punición de ambas formas de conducta: pues quien se decide —aunque sea sólo para un caso eventual— en contra del bien jurídico protegido denota una actitud más hostil al Derecho que quien confía —aunque sea negligentemente— en la no producción del resultado. Esta trascendencia del dolo tanto desde el punto de vista del injusto como desde el de la culpabilidad confirma la idea alcanzada anteriormente (cfr. § 7, nm. 76 s.; § 10, nm. 69) de que las realidades jurídicas a menudo pueden ser relevantes desde el punto de vista de distintas categorías del delito [29]. **26**

Cuando se intenta perfilar en forma de fórmula los presupuestos bajo cuya concurrencia se puede afirmar que un resultado o cualquier otra circunstancia ha sido asumida en la voluntad del que actúa y se ha convertido, a través de la decisión por la posible lesión de bienes jurídicos, en parte integrante del plan del hecho, hay que ser consciente de la dificultad de reproducir lingüísticamente de manera adecuada un fenómeno psicológicamente muy sutil y a menudo guiado por tendencias irracionales y sólo relativamente conscientes. Las plasmaciones verbales no pueden ser aquí más que aproximaciones. Con esta reserva se puede decir que hay que afirmar el dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así —sea de buena o de mala gana— a la eventual realización de un delito, se conforma con ella. En cambio, actúa con imprudencia consciente quien advierte la posibilidad de producción del resultado, pero no se la toma en serio y en consecuencia tampoco se resigna a ella en caso necesario, sino que negligentemente confía en la no realización del tipo. Al respecto debe distinguirse entre la "confianza" y una mera "esperanza". Quien confía —a menudo por una sobrevaloración de la propia capacidad de dominar la situación— en un desenlace airoso no toma seriamente en cuenta el resultado delictivo y por tanto no actúa dolosamente. Sin embargo, quien toma en serio la posibilidad de un resultado delictivo y no confía en que todo saldrá bien puede en cualquier caso seguir teniendo la esperanza de que la suerte esté de su lado y no pase nada. Esta esperanza no excluye el dolo cuando simultáneamente el sujeto "deja que las cosas sigan su curso". **27**

La distinción expuesta vale no sólo para el caso más común en la práctica en que el sujeto no sabe si puede evitar un menoscabo del objeto de la acción típica, sino igualmente en caso de dudas sobre otras circunstancias. Si p.ej. alguien no posee un conocimiento exacto de si la muchacha a la que seduce **28**

---

[28] Cfr. Engisch, Kohlrausch-FS, 1944, 155; Roxin, 1963 ([5]1990), 180 ss.

[29] Schünemann, GA 1985, 364, pretende imputar la faceta cognoscitiva del dolo al injusto y la faceta volitiva (el "componente emocional") a la culpabilidad. Sin embargo me parece más ajustado a la realidad reconocer que el dolo **como un todo** posee trascendencia tanto desde una como desde la otra perspectiva.

es mayor de dieciséis años, se convierte, si la muchacha en realidad sólo tiene quince años, en responsable de un abuso sexual doloso punible de menores de dieciséis años (§ 182), siempre y cuando cuente seriamente con una menor edad de su compañera y ello no le haga desistir de su proyecto. Si por el contrario —v.gr. en atención al desarrollo corporal de la joven— confía negligentemente sin indagar más detenidamente en que la edad de la mujer es superior, entonces actúa con imprudencia consciente y no responde penalmente.

29 La delimitación según las parejas conceptuales "tomarse en serio — negligencia o ligereza" [30], "resignarse a - confiar en" [31] se ha impuesto hoy ampliamente en la doctrina científica [32], en la que, junto al tomar en serio el resultado y al resignarse a, se mencionan a menudo también como criterios del dolo eventual el "contar" con el resultado o "conformarse con *" él [33]. Las combinaciones y matizaciones que efectúan los distintos autores en la aplicación de estas caracterizaciones en forma de lemas son más de naturaleza lingüística que material. El P 1962, en el sentido de esta doctrina hoy dominante, había atribuido dolo eventual a quien "considera posible la realización (del tipo legal) y se resigna a ella" (§ 16), mientras que según el PA —con igual significado material— actúa con *dolus eventualis* "quien considera seriamente posible la realización de las circunstancias del hecho y se conforma" (§ 17 II). El legislador renunció finalmente a una regulación legal expresa, porque también sus definiciones originales de los conceptos "intención (o propósito)", "a sabiendas", "imprudencia" y "temeridad" fueron nuevamente suprimidas, debido a

---

[30] Procede de Stratenwerth, ZStW 71 (1959), 51; Köhler, 1982, ha fundamentado ahora de manera completa la imprudencia consciente como lesión negligente.

[31] Al respecto especialmente Germann, SchwZStr 77 (1961), 345, con referencia a la jurispr. suiza.

[32] De acuerdo en líneas generales Ambrosius, 1966; Blei, AT[18], § 32 IV; Bockelmann/Volk, AT[4], § 14 IV 2 b; Gallas, NiedrStrKomm. 12, 1959, 121; Jescheck, AT[4], § 29 III 3; Roxin, JuS 1964, 53 (= Grundlagenprobleme, 209); SK[5]-Rudolphi, § 16, nm. 43; Stratenwerth, AT[3], nm. 308; Welzel, StrafR[11], 1969, 68 ss. [= PG, 1987, 100 ss.; N. del T.]; Wessels, AT[23], § 7 II 3; Wolter, 1972, 178 ss.; Frisch, 1983, 484; Ziegert, 1987, 142 ss.; Hillenkamp, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 351 ss.; Arzt, Jescheck-FS, 1985, 391 s.; Behrendt, v. Simson-FS, 1983, 20, habla de una teoría dominante que se ha "impuesto también en los países extranjeros de habla alemana". Tb. Geppert, Jura 1986, 612, opina que la "teoría del tomarse en serio" es hoy "defendida mayoritariamente" en la literatura científica. Küpper, ZStW 100 (1988), 766, define el *dolus eventualis* de manera muy similar mediante un "asumir (admitir, soportar, tolerar)" el resultado. Crít. respecto de la "teoría de la asunción" y tb. respecto del "tomar en serio" Behrendt, v. Simson-FS, 1983, 20 ss. Lund, 1993, 122 ss., 128 ss., pretende distinguir según la confianza en un desenlace airoso frente al riesgo advertido fuera "consistente" (en tal caso imprudencia) o "contrafáctica" (en tal caso dolo).

* Es reiterada la alusión a la dificultad de traducir la expresión "Inkaufnehmen", que aquí he traducido por "conformarse con", pero que otros autores traducen, sin duda correctamente, por "tomar en consideración", "resignarse con", "aceptar (algo o el resultado) tal como venga", "tomar como viene", etc. Cfr. al respecto, con ulteriores referencias, Silva Sánchez, en: Schünemann (ed.), El sistema moderno, 69, N. del T. [N. del T.].

[33] Honig, GA 1973, 262, se fija en si el sujeto "cuenta con poder evitar un delito".

las mútiples cuestiones controvertidas existentes al respecto, y le pareció "demasiado fragmentaria" una regulación aislada sólo del dolo eventual [34].

Contra la delimitación propuesta se alega a veces que no es posible hablar de una "decisión por la posible lesión de bienes jurídicos" o de un "tomar en serio" el riesgo cuando a quien actúa le es completamente indiferente el resultado, faltando por tanto una toma de postura psíquica [35]. Sin embargo, el concepto de decisión, como todos los conceptos jurídicos, no ha de enjuiciarse como puro fenómeno psicológico, sino según parámetros normativos. A quien le es completamente indiferente la producción de un resultado percibido como posible, le da exactamente igual su producción que su no producción. En tal actitud se encierra ya una decisión por la posible lesión de bienes jurídicos. La "decisión" a que aquí nos referimos no precisa por tanto ser un acto de voluntad reflexivo del tipo de una "resolución". Quien cuenta con la posibilidad de un resultado típico y, a pesar de todo, ello no le hace desistir de su proyecto, se ha decidido así —en cierto modo mediante actos concluyentes— en contra del bien jurídico protegido [36]. Tampoco es contundente la objeción de que "tomar en serio" y "negligencia o ligereza" presuponen la conciencia de la antijuridicidad por parte del sujeto y por tanto contradirían la teoría de la culpabilidad [37], según la cual la conciencia de la antijuridicidad **no** pertenece al dolo. Pues la conciencia de la lesión de bienes jurídicos que se deriva del dolo típico coloca ya al sujeto en el caso normal ante la situación de decidir. Cuando esto es de otro modo, como a veces en el Derecho penal especial o accesorio, se vuelve cuestionable la propia teoría de la culpabilidad (al respecto § 21, nm. 10, 39 ss.). 30

Otra objeción consiste en que esta concepción perjudicaría a quien toma en serio todas las posibilades que se representa, y en esa medida aún mostraría al menos consideración, frente al que hace gala de descuidada negligencia o ligereza. Pero ésta es una visión errónea [38]. Quien se toma en serio la posibilidad por él conocida de producción del resultado está en una posición ventajosa frente a quien no lo hace, porque ve claramente las razones que le exigen desistir de su actuación. ¡Lo que fundamenta el mayor merecimiento de pena en relación con el que actúa negligentemente no es el que se consi- 31

[34] BT-Drucks. V/4095, 9; acerca de las deliberaciones de la Comisión de Derecho penal (Strafrechtskommission), más detenidamente, Honig, GA 1973, 257 ss.

[35] Cfr. últimamente LK[10]-Schroeder, § 16, nm. 93, y la polémica en Stratenwerth, AT[3], nm. 309.

[36] Soluciones similares en Philipps, ZStW 85 (1973), 38 *(dolus eventualis* "cuando el sujeto se decide conscientemente por una conducta que resulta incompatible con una máxima de riesgo vigente en el ordenamiento jurídico") y E. A. Wolff, Gallas-FS, 1973, 222 (cuando el sujeto rebasa "el límite de peligro no sobrepasable que le establece su propia razón"). Tb. la disposición en forma de cuadro sinóptico de los distintos factores de pronóstico y de actitud en Haft, ZStW 88 (1976), 386 ss., conduce a resultados similares.

[37] Schumann, JZ 1989, 431.

[38] Cfr. tb. Schmidhäuser, JZ 1980, 250, que en un contexto similar habla de un "error de razonamiento".

deren todas las posibilidades, sino el seguir actuando pese al cálculo sereno de las consecuencias! Sin duda se puede plantear la cuestión de principio de si "la fórmula del tomarse en serio y similares" no privilegian injustificadamente "precisamente al sujeto especialmente peligroso (o sea, aquel con la mayor capacidad de represión psicológica)" [39]. Sin embargo, el quebrantamiento calculado del Derecho denota un mayor grado de hostilidad al Derecho que la "capacidad de represión (inhibición o contención)" del que es fiel al Derecho según el fin que se ha fijado. Sin duda se puede discutir si no debería crearse para el caso excepcional de la "negligencia absoluta" un precepto conforme al cual pueda "castigarse igual la comisión especialmente negligente que la dolosa" [40]. Pero eso sería una decisión políticocriminal del legislador que no modificaría en nada el generalmente mayor merecimiento de pena de quien actúa con dolo eventual y que no anularía, ni siquiera en el caso excepcional de una equiparación facultativa del marco penal, la diferencia en cuanto a tipo delictivo de ambas formas de comisión.

b) Soluciones afines y discrepantes [41]

32 Conceptos como "tomarse en serio" o "resignarse a", tal y como se emplean aquí a efectos de delimitación, no son definiciones conceptuales del dolo eventual, sino indicios con capacidad expresiva de su concurrencia, circunstancias de las que se puede deducir una decisión por la posible lesión de bienes jurídicos. También otros planteamientos de la doctrina científica [42], que la mayoría de las veces se presentan como "teorías" específicas, ofrecen a menudo sólo indicios probatorios y se aproximan como tales bastante a la concepción aquí defendida.

aa) La teoría de la aprobación o del consentimiento

33 La literatura científica más antigua estaba dominada por la contraposición entre teoría de la voluntad y teoría de la representación [43], la primera de las cuales ponía el acento de la delimitación en los elementos volitivos del dolo eventual, la segunda, en cambio, en los intelectuales. La expresión más influyente de la teoría de la voluntad fue la **teoría de la aprobación o del consentimiento,** que se mantuvo sobre todo en la jurispr. del RG. La misma exige para el dolo eventual, junto a la previsión del resultado, que el sujeto lo haya aprobado interiormente, que haya estado de acuerdo con él: "Precisamente ahí..., en la aprobación del resultado como una realidad interior autónoma

---

[39] Schünemann, JA 1975, 204; LK[10]-Schroeder, § 16, nm. 89.

[40] En este sentido Hall, Mezger-FS, 1954, 245. Acerca de un tratamiento unitario de dolo e imprudencia consciente, cfr. además *infra* nm. 63.

[41] Cfr. tb. la panorámica que ofrece Geppert, Jura 1986, 610 ss.

[42] Acerca de la situación histórica más antigua, ampliamente Engisch, 1930, 88 ss.

[43] Cfr. Engisch, 1930, 126 ss.; Mezger, StrafR, [3]1949, 342 ss. [= Tratado II, 1957, 167 ss.; N. del T.].

añadida a la previsión de la producción del mismo, radica la característica esencial del dolo eventual" (RGSt 33, 4, 6). Si se toma literalmente el criterio de la "aprobación", se ha de exigir que al autor le agrade el resultado, que se alegre de él [44]. En el ejemplo de partida (nm. 21) habría que apreciar entonces sólo imprudencia consciente, pues para los sujetos la muerte de la víctima era manifiestamente indeseable; de lo contrario no habrían elegido primero un medio más benigno y no habrían realizado después intentos de reanimación.

Si se interpreta de esta forma estricta la teoría de la aprobación, la misma conduce por tanto a resultados distintos que la doctrina aquí defendida, y debe ser rechazada. En efecto porque, en primer lugar, cuando el sujeto aprueba directamente la producción de un resultado, la mayoría de las veces concurre ya una "intención (o propósito)", de modo que esta concepción no deja apenas nada para el dolo eventual. En segundo lugar y sobre todo, esta concepción pasa por alto la consideración de que el cometido de los tipos dolosos es evitar lesiones calculadas de bienes jurídicos, independientemente de la actitud emocional con que sean cometidas. El que alguien apruebe el resultado por él incluido en los cálculos, lo afronte con indiferencia o incluso lo lamente es importante para la medición de la pena, pero no puede influir en el carácter doloso del hecho [45]. Para el elemento volitivo del dolo es suficiente que el sujeto incluya en su plan el resultado y con ello lo haya "querido" en el sentido de una decisión en contra del valor jurídico. No es preciso un ulterior desvalor de la actitud interna. 34

La opinión contraria ha remitido una y otra vez a casos como el de un médico que emprende una operación indicada pese a que considera seriamente posible un desenlace mortal, o el de quien, para salvar a su amigo, dispara sobre el agresor con conciencia clara de que puede alcanzar también al amigo [46]. Se pensaba que, en su caso, sólo se podía negar un homicidio cometido con dolo eventual con la fundamentación de que el sujeto no había aprobado interiormente el resultado. Pero ello es falso, pues si la operación y el disparo eran los únicos medios para salvar de una muerte en otro caso segura, ambas acciones son ya objetivamente conformes a Derecho (ya sea en virtud de consentimiento, consentimiento presunto o estado de necesidad justificante), de modo que la cuestión del dolo ya ni siquiera se plantea [47]. 35

La teoría de la aprobación, cuyo entendimiento del concepto "aprobar" fue cambiante desde un principio [48], experimentó sin embargo una interpretación 36

---

[44] Así expresamente de nuevo ahora Ingo Müller, NJW 1980, 2392; para el *dolus eventualis* sería preciso que el sujeto "apruebe, diga sí, celebre" el resultado.

[45] Cfr. Roxin, JuS 1964, 58 (= Grundlagenprobleme, 223 s.)

[46] Cfr. Mezger, StrafR, [3]1949, 347 [= Tratado II, 1957, 173; N. del T.]; la Fundamentación del P 1958, p. 23, justifica todavía la teoría de la aprobación con esta consideración.

[47] Cfr. Roxin, JuS 1964, 58 (= Grundlagenprobleme, 225), con ulteriores referencias.

[48] Cfr. H. Mayer, LB AT, 1953, 253; Roxin, JuS 1964, 56 (= Grundlagenprobleme, 219); Blei, AT[18], § 32 IV 2 b.

en la posguerra que, en su resultado, conduce a la posición aquí defendida. Esta evolución halló su expresión más clara en BGHSt 7, 363 (ej. 6, nm. 21; cfr. además, acerca de la jurisprudencia reciente, nm. 64 ss.). El BGH condenó en este caso a ambos sujetos por asesinato y fundamentó así el dolo eventual (loc. cit., 369):

"La aceptación del resultado, que... constituye el elemento decisivo de diferenciación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, no significa... que el resultado deba corresponderse con los deseos del sujeto. También puede darse dolo eventual cuando el sujeto no desea la producción del resultado. En sentido jurídico, el mismo aprueba ese resultado pese a todo, cuando, en atención al objetivo perseguido, es decir, en tanto que no puede alcanzar de otra manera su objetivo, se resigna también a que su acción produzca el resultado en sí indeseado, y por tanto lo quiere en el caso de que se produzca."

Pero induce sin duda a confusión que un "aceptar en sentido jurídico" pueda ser también un reprobar en el sentido del uso normal del lenguaje [49]. Como demuestra la referencia expresa al resignarse, el BGH vira sin embargo materialmente hacia la op. dom. Si "aprobar" no significa más que que el sujeto incluye en el plan del hecho el posible resultado y en esa medida lo asume en su voluntad, existe acuerdo, ciertamente no terminológico, pero sí desde luego sobre el auténtico alcance del dolo eventual. También en la literatura científica se defiende a menudo la teoría de la aprobación en este sentido [50], de modo que hoy sólo puede ser considerada ya una variante de la doc. dom.

bb) La teoría de la indiferencia

37 La teoría de la aprobación en su versión más estricta resulta cercana a la **"teoría de la indiferencia"**, desarrollada por Engisch [51], según la cual hay que apreciar *dolus eventualis* "cuando el sujeto da por buenas o recibe con indiferencia las consecuencias accesorias negativas meramente posibles, y sin embargo no cuando considera indeseables esas consecuencias y tiene por ello la esperanza de que no se producirán". Hay que darle la razón a esta doctrina en cuanto que la indiferencia es un indicio seguro de que el sujeto se ha resignado al resultado y por tanto ha actuado dolosamente. Pero no es acertada en su apreciación inversa de que la falta de indiferencia, en el sentido del carácter no deseado del resultado, excluye siempre el dolo. Engisch ha de acabar apreciando una mera imprudencia en el caso de la correa de cuero (ej. 6, nm. 21) [52], lo cual no resulta satisfactorio. Pues uno no se puede exonerar de las consecuencias de su actuación conscientemente incluidas en el cálculo mediante meras esperanzas en las que ni uno mismo confía. En esta

---

[49] Cfr. la crítica en Schmidhäuser, GA 1957, 308; idem, GA 1958, 171.

[50] Baumann/Weber, AT[9], § 26 III 2 b (no del todo claramente); Maurach/Zipf, AT/1[8], 22/34 ss.

[51] La cita es de NJW 1955, 1689; en profundidad Engisch, 1930, 186 ss.; similar Sch/Sch/Cramer[24], § 15, nm. 84: dolo eventual "cuando el sujeto considera posible la realización del tipo y se conforma con ella por indiferencia frente al bien jurídico protegido".

[52] Opina (NJW 1955, 1689) que en los sujetos "no existía del todo la actitud interior que debe exigirse para el reproche del dolo homicida".

medida es válida la misma objeción que se ha de formular contra la teoría de la aprobación en su versión estricta: lo decisivo es a favor y en contra de qué se decida uno para el caso eventual, y no con qué deseos y esperanzas lo haga.

cc) La teoría de la representación o de la posibilidad

El polo opuesto a todas las expresiones de la teoría de la voluntad lo constituye la teoría de la representación, que propugna fijarse sólo en momentos intelectivos para determinar el límite del dolo. Hoy vuelve a hallar partidarios en su versión radical de que la mera representación de la posibilidad de producción del resultado sin ningún elemento volitivo fundamenta ya el dolo eventual (**"teoría de la posibilidad"**). Se desarrolló en la posguerra primero por Schröder [53] y después se profundizó en ella en múltiples trabajos, especialmente de Schmidhäuser [54]. Se apoya sobre todo en la idea de que la mera representación de la posibilidad ya debería hacer desistir al sujeto de seguir actuando, y de que la confianza en la no producción del resultado encierra en sí la negación de su posibilidad. Acaba por negar la existencia de una imprudencia consciente en el sentido tradicional. "Toda imprudencia es imprudencia inconsciente", afirma Schröder [55], y Schmidhäuser [56] opina que no se podría hablar "de una imprudencia consciente en el sentido en que se ha hecho hasta ahora", de modo que se habría de distinguir "dolo e imprudencia totalmente como conocimiento y desconocimiento". Está claro que esta teoría ha de acabar apreciando dolo eventual en el caso de la correa de cuero (ej. 6, nm. 21). 38

Habría que estar de acuerdo con esta concepción si realmente fuera cierto que el sujeto ya incluye en sus cálculos la producción del resultado y se decide en contra del bien jurídico protegido siempre que percibe la posibilidad de la realización de un tipo y a pesar de ello sigue actuando. Pero esto no es así. Quien, pese a que se le hace una advertencia, adelanta de forma arriesgada o tira un cigarrillo encendido, se percata perfectamente de la posibilidad de la lesión de un bien jurídico, pero confía no obstante en su no producción. La situación de que alguien tenga claramente a la vista una posibilidad, pero (aunque sea por confianza debida a negligencia o ligereza) no cuente seriamente con su realización, es psicológicamente muy frecuente. Sucede en tal caso que "el sujeto echa a un lado la idea de las posibles consecuencias de su hecho y elude una decisión con toma de postura, mediante la suposición, la mayoría de las veces no racionalmente fundamentable, de que todo saldrá bien" [57]; pre- 39

[53] Schröder, Sauer-FS, 1949, 207 ss.

[54] Schmidhäuser, GA 1957, 305 ss.; idem, GA 1958, 161 ss.; idem, 1968; idem LB AT^2, 10/89 ss.; idem, JuS 1980, 241 ss.; idem, JuS 1987, 373 ss. En sentido similar tb. Jakobs, 1972, 114 ss.; Zielinski, 1973, 116 ss., 309; Morkel, NStZ 1981, 176 ss.; Bottke, 1988, 188 ss. (193): "Representación de un riesgo intolerable a efectos específicos del tipo".

[55] Schröder, Sauer-FS, 1949, 245.

[56] Schmidhäuser, GA 1957, 312.

[57] Roxin, JuS 1964, 60 (= Grundlagenprobleme, 229).

cisamente por eso hay que apreciar sólo imprudencia consciente. Si suponemos hipotéticamente que alguien realiza un disparo desde muy lejos y tiene claro que puede alcanzar a X con una probabilidad del diez por ciento, entonces se le ha de castigar con seguridad como autor doloso si se propone matar a X y efectivamente le alcanza. Pero si el sujeto pretende, *ceteris paribus*, cazar un jabalí y por negligencia o ligereza no se toma en serio la posibilidad en sí conocida de alcanzar al montero X, entonces sólo existe un caso de accidente producido por imprudencia consciente, si X resulta alcanzado. Por tanto, en una situación igual en cuanto al saber puede haber que apreciar en un caso *dolus eventualis* y en el otro imprudencia consciente. Una interpretación que reduce el dolo exclusivamente al componente de saber es demasiado intelectualista [58].

40 Pero lo anterior no modifica para nada el hecho de que la teoría de la posibilidad (de manera similar a lo que sucede con su teórica adversaria, la teoría moderna de la aprobación) apenas se distingue en su resultado práctico de la concepción aquí defendida. Pues p.ej. también Schröder pretende apreciar sólo imprudencia cuando alguien, pese a la representación de la posibilidad, se tranquiliza con la convicción de que todo saldrá bien; sólo que él opina que entonces faltaría "por completo una verdadera representación de la causación del resultado" [59]. Asimismo Schmidhäuser pretende apreciar sólo imprudencia en el caso del adelantamiento negligente [60]; sólo que parte de la idea de que el conductor habría reprimido su conocimiento original de la posibilidad de la causación de un accidente de tal manera que en el momento de adelantar faltaría el conocimiento [61]. El sujeto habría percibido desde luego la posibilidad "abstracta" de producción del resultado, pero negaría "en su conciencia la posibilidad concreta en el momento decisivo" [62]. Tras lo que Schröder denomina una **"verdadera"** representación y Schmidäuser la conciencia de un posibilidad **"concreta"** de producción del resultado, se esconde aproximadamente lo mismo que se ha caracterizado como "tomarse en serio" la posibilidad del resultado o como un "resignarse" a ella. La teoría de la posiblidad no implica por tanto una solución materialmente discrepante, sino que aporta sólo otra interpretación y otra terminología [63].

---

[58] Más detenidamente Roxin, JuS 1964, 60 (= Grundlagenprobleme, 230); asimismo SK[5]-Rudolphi, § 16, nm. 41; Stratenwerth, AT[3], nm. 306; Wessels, AT[23], § 7 II 3.

[59] Schröder, Sauer-FS, 1949, 231.

[60] Exhaustivamente Schmidhäuser, JuS 1980, 244 s.

[61] Lo que Wessels, AT[23], § 7 II 3, y Herzberg, JuS 1987, 780, denominan una "ficción"; una crítica exhaustiva en Köhler, 1982, 304 ss. y *passim;* además en Herzberg, JuS 1987, 780, quien cree que no se puede "negar lo concebible" y, "por así decirlo, prohibir" a los sujetos "seguir advirtiendo el riesgo también durante su actuación o incluso sólo entonces".

[62] Schmidhäuser, JuS 1980, 250.

[63] Herzberg, JuS 1986, 259, n. 40, habla de una "disputa sobre las palabras"; Küpper, ZStW 100 (1988), 761, subraya que la faceta del saber se "manipula" por la teoría de la posibilidad, "que las representaciones indeseadas del sujeto simplemente se niegan".

41 En el caso de Schmidäuser el tenaz mantenimiento de la teoría de la posibilidad es consecuencia de una concepción discrepante por principio sobre la "cualidad de doloso", que él concibe "como elemento de la culpabilidad... sin elemento volitivo alguno" [64], del mismo modo que pretende restringir en general la "conducta volitiva" al injusto y entender la culpabilidad como conducta intelectual lesiva de bienes jurídicos [65]. Sin embargo, los ejemplos mencionados en los nm. 23 y 39 s. demuestran precisamente que los fenómenos existentes en la realidad se desfiguran cuando al dolo se le despoja de todo elemento volitivo.

dd) La teoría de la probabilidad

42 Otra variante de la teoría de la representación es la **"teoría de la probabilidad"**, que en época reciente defendió sobre todo H. Mayer [66]. "Probabilidad significa más que mera posibilidad y menos que probabilidad predominante". Cercano a él se sitúa Welzel cuando define el "contar" con el resultado fundamentador del dolo apoyándose en la representación de la probabilidad de Mayer [67]. Ross [68] da un paso más al hacer depender el dolo de "si el sujeto contaba con (consideraba predominantemente probable) que se realizara el tipo del delito". "Con apoyo en y a la vez como modificación de las variantes de la teoría de la probabilidad", Schumann [69] se fija en "la conciencia de un *quantum* de factores causales" de los que "se deriva un riesgo de producción del resultado que ha de tomarse en serio". Joerden [70] opina: "El sujeto que se representa producir un peligro **concreto** para el bien jurídico de que se trate actúa con dolo (eventual)".

43 Todas estas teorías de la probabilidad no están demasiado alejadas en su resultado de la concepción aquí defendida. Pues el que el sujeto considere más o menos probable la producción del resultado es de hecho un indicio esencial de que se toma en serio esta posibilidad y de que cuenta con ella. Si en el caso del dolo quien actúa ha de representarse "más que una mera posibilidad" o incluso una "probabilidad predominante", entonces continuar actuando en contra de esa representación supone por regla absolutamente general una decisión por la posible lesión de bienes jurídicos. En el ejemplo de partida del caso de la correa de cuero (ej. 6, nm. 21) la teoría de la probabilidad también afirmaría desde luego el dolo eventual. Lo discutible es sin embargo que para la seriedad del contar con el resultado sea decisivo siempre un pronóstico puramente intelectual de probabilidad. Ello no es posible ya por el mero hecho de que pocos sujetos reflexionan sobre grados determinados de probabilidad.

---

[64] Schmidhäuser, 1968, 25 s.; idem últimamente Oehler-FS, 1985, 135 ss.
[65] Acerca del sistema de Derecho penal de Schmidhäuser, cfr. Roxin, ZStW 83 (1971), 369 ss.
[66] H. Mayer, LB AT, 1953, 250 ss.; idem, StuB AT, 1967, 121.
[67] Welzel, StrafR[11], 68 [= PG, 1987, 100; N. del T.].
[68] Ross, 1979, 114 y *passim*.
[69] Schumann, JZ 1989, 433.
[70] Joerden, 1988, 151; cfr. tb. Brammsen, JZ 1989, 80.

43a Puppe [70a] ha presentado recientemente una variante mejorada de la teoría de la probabilidad. Para la misma dolo es "saber sobre un peligro cualificado" [70b]. Según ello, la conducta del sujeto es "expresión de su decisión por el resultado cuando el peligro que el sujeto crea (consciente o pretendidamente) para el bien jurídico es de tal cantidad y calidad que una persona sensata sólo pasaría por él bajo la máxima de que el resultado lesivo debe producirse o al menos puede producirse" [70c]. Puppe considera "sin sentido" una indicación cuantitativa en grados de probabilidad, "por no ser calculable en el caso concreto; pero debe tratarse de un peligro tan grande que la confianza en el desenlace airoso no sería realista ni sensata" [70d].

Esta concepción se fija sustancialmente en los mismos indicios que la concepción aquí preferida, para la comprobación del *dolus eventualis;* también la aplicación del criterio de la decisión prueba la semejanza. Una diferencia central consiste sin duda en el carácter puramente normativo de la "decisión", en cuya constatación no se presta atención a la verdadera actitud del agente. Puppe rechaza por principio "entrar en los mecanismos irracionales de elaboración del sujeto condicionados por su constitución o la situación" [70e]; el dolo es en esa medida una mera atribución. Ello debe producir como resultado una ampliación de la pena correspondiente al dolo, en cuanto que la negligencia insensata aparece como dolo simplemente porque una persona sensata no habría confiado en un desenlace airoso. Esta no es una solución aceptable (cfr. más detenidamente nm. 31).

43b Prittwitz [70f] la tacha de "profundamente injusta" y contraria "al principio de reprochabilidad individual". Dice con razón que un sistema jurídico no podría, "sabiendo que no concurrió en el agente conocimiento del riesgo relevante para la acción, sostener (y reprochar)... que aquél actuó dolosamente". También la apreciación de Puppe de que la actitud del sujeto respecto de la posibilidad de producción del resultado de todas formas no es constatable me parece desacertada: la negligencia p.ej. del campesino que entra en su granero lleno de heno con el cigarrillo encendido se deriva precisamente de la insensatez de esta conducta para la que no se observa ningún motivo racional. Si se le castiga como autor doloso conforme al § 308 [incendio] sólo porque un campesino sensato habría prestado más atención, se borra la frontera entre dolo e imprudencia, en cuanto que se eleva a dolo una manifiesta falta de cuidado.

ee) La teoría de la no puesta en práctica de la voluntad de evitación

44 Fuera del (aparente) dualismo de la teoría de la voluntad y la de la representación se encuentra la concepción, desarrollada a partir del concepto de acción final, de Arm. Kaufmann, quien, cuando el sujeto se ha representado la posibilidad del resultado, pretende negar el dolo eventual sólo cuando (pero

---

[70a] Puppe, ZStW 103 (1991), 1 ss.; además eadem, 1992, 35 s.
[70b] Puppe, ZStW 103 (1991), 31.
[70c] Puppe, ZStW 103 (1991), 41.
[70d] Puppe, ZStW 103 (1991), 42.
[70e] Puppe, ZStW 103 (1991), 33.
[70f] Prittwitz, 1993, 357.

siempre en ese caso) la voluntad conductora del sujeto estuviera dirigida a la evitación del resultado [71]. Según esto, concurre imprudencia consciente cuando el sujeto, en su acción influyente en el resultado, establece simultáneamente factores en contra, con cuya ayuda intenta conducir el suceso de manera "que no se produzca una consecuencia accesoria representada como posible" [72]; con ello se presupone que el sujeto "concede a su habilidad una oportunidad real" [73]. Esta **"teoría de la no puesta en práctica de la voluntad de evitación"** ofrece, igual que la teoría de la probabilidad, un importante indicio para la determinación del dolo también desde la posición aquí defendida. Cuando el sujeto deja que las cosas sigan su curso sin hacer nada en contra, a menudo se puede deducir que el mismo se ha resignado al resultado. Si, por el contrario, realiza esfuerzos para evitar el resultado, entonces con frecuencia confiará en el éxito de aquéllos y por tanto tampoco actuará ya dolosamente.

Pero con el criterio de Kaufmann no se consigue más que un indicio (re- **45**
futable) [74]. Pues, por un lado, la negligencia o ligereza humana tiende con no poca frecuencia a confiar en la propia buena estrella también sin aplicar especiales medidas de precaución (¡piénsese en el caso en que se tira la colilla del cigarrillo al rojo en un paraje con peligro de incendio!), y, por otro lado, los esfuerzos de evitación tampoco pueden excluir el dolo cuando ni el propio sujeto confía en su éxito y continúa actuando a pesar de ello. Así sucede en el caso de partida (ej. 6, nm. 21): los sujetos habían "dosificado" su estrangulamiento y de esta manera habían tenido la esperanza de evitar la muerte de la víctima, con la cual seguían contando seriamente. Y sin embargo lo anterior no puede exonerarles del reproche por actuación dolosa [75]: quien establece factores en contra y a pesar de ello incluye en sus cálculos el fracaso con una probabilidad del 50 % no puede ser tratado de manera distinta a quien desde el principio fija y evalúa la probabilidad de realización del tipo en un 50 % y ello no le hace desistir de su proyecto [76].

---

[71] Arm. Kaufmann, ZStW 70 (1958), 64 ss. [=ADPCP 1960, 185 ss.; N. del T.]; para la crítica desde la perspectiva del finalismo cfr. Stratenwerth, ZStW 71 (1959), 61.

[72] Arm. Kaufmann, ZStW 70 (1958), 78 [=ADPCP 1960, 198; N. del T.].

[73] Arm. Kaufmann, ZStW 70 (1958), 77 [=ADPCP 1960, 197; N. del T.].

[74] Similares tb. las exposiciones de ponderación crít. de W. Hassemer, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 289 ss., y Hillemkamp, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 351 ss. [= ADPCP 1990, 909 ss.; N. del T.]. Schroth, JuS 1992, 8, considera el "esfuerzo serio de evitación" causa de exclusión del dolo. Lo aprecia "cuando el sujeto parte por sí mismo de la idea de que no es improbable que sus esfuerzos de evitación tengan éxito".

[75] El mismo Arm. Kaufmann pretende apreciar un hecho doloso (ZStW 70 [1958], 77 [=ADPCP 1960, 198; N. del T.]), pero consecuentemente podría afirmar sólo imprudencia (Stratenwerth, ZStW 71 [1959], 62).

[76] Behrendt, v. Simson-FS, 1983, 11 ss., encuentra tb. "difícilmente comprensible" por qué "toda actividad de evitación emprendida con cierta confianza debe eximir de la pena correspondiente al dolo, cuando los sujetos son plenamente conscientes de riesgo restante" (p. 24). El mismo defiende entonces una teoría mejorada de la conducción en contra, según la cual lo decisivo es si el sujeto, "valorando acertadamente el grado de peligro, emprende un intento serio de evitar el peligro"

ff) Las fórmulas de Frank

46 Se utilizan mucho hasta hoy para la constatación del *dolus eventualis* las llamadas **fórmulas de Frank** [77], que su creador pretendió con razón que se entendieran, no como caracterización directa del dolo eventual, sino como "medio de conocimiento" para su constatación. La primera fórmula parte de la pregunta de cómo habría actuado el sujeto si hubiera estado seguro desde un principio de la producción del resultado realizador del tipo. "Si se llega a la conclusión de que el mismo habría actuado también en caso de poseer conocimiento preciso, entonces hay que... afirmar... el dolo; si se llega a la conclusión de que habría omitido la acción en caso de poseer conocimiento preciso, entonces hay que negar el dolo". Es correcto que hay que apreciar en todo caso el dolo cuando el sujeto habría actuado también en caso de conciencia segura de la producción del resultado [78]; pues entonces se ha decidido, dado el caso, por la producción del resultado y se ha resignado a él. El caso inverso, en el que el sujeto no habría actuado en caso de resultado seguro sólo permite sin embargo, contra la opinión de Frank, una conclusión altamente insegura en relación con la negación del dolo eventual, como lo demuestra el famoso "caso de la barraca de tiro al blanco de Lacmann" [79]:

Ejemplo 7: Un muchacho apuesta 20 DM a que puede acertar de un disparo a una bola de cristal que sostiene en la mano una señorita de una barraca de tiro al blanco en la feria. El mismo cree que, en caso de fallar, podrá desaparecer sano y salvo entre el bullicio de la feria. Da en la mano de la muchacha.

Aquí es seguro que el sujeto no habría actuado en caso de conocimiento seguro del fallo, pues en tal caso sólo habría conseguido de su disparo riesgos y no ganancias. No obstante, hay que apreciar dolo eventual [80]: el sujeto había incluido el fracaso en los cálculos de su plan, porque las perspectivas de éxito tenían para él más valor que el riesgo de fallar.

47 A menores objeciones está expuesta la segunda fórmula de Frank: "Si el sujeto se dice: sea de una forma u otra, pase esto o lo otro, yo actúo en todo caso, entonces su culpabilidad es dolosa". Pues esta fórmula se puede entender plenamente en el sentido de que el sujeto actúa dolosamente aun cuando sólo por necesidad se resigna a la producción del resultado. Sin duda, el mismo

---

(p. 31). Sin embargo apenas sería posible distinguir siquiera con mediana seguridad un intento de conducción en contra "emprendido con cierta confianza" de uno "serio" ("tomado en serio", "en serio", p. 30).

[77] Por última vez en: Frank, StGB, [18]1931, § 59, com. V.

[78] La única cuestión es cómo se probaría eso; pues no existe razón alguna para que el sujeto se pronuncie respecto de este problema cuando considera muy incierta la producción del resultado.

[79] Lacmann, ZStW 31 (1911), 159.

[80] Cfr. al respecto tb. Bockelmann/Volk, AT[4], § 14 IV 2 b bb; además Philipps, ZStW 85 (1973), 31 ss., quien discute sobre todo el "caso de los mendigos", estructuralmente similar: unos mendigos mutilan a un niño para que resulte idóneo para mover a compasión. Al hacerlo se toman plenamente en serio la posibilidad de que el niño pueda incluso morir por las consecuencias de la intervención.

Frank no pretendió expresar con ella diferencia alguna frente a su primera fórmula.

gg) Teorías combinadas

Finalmente, no es infrecuente que se intente describir el dolo eventual mediante una **combinación** de distintos principios. Schroeder [81] afirma: "El dolo eventual... se da cuando el sujeto considera posible y aprueba la realización del tipo, la considera probable o la afronta con indiferencia". Prittwitz [82] desarrolla una "teoría indiciaria de orientación procesal penal", que cita sobre todo la probabilidad y la aprobación de la realización del riesgo como indicios a favor de la apreciación del dolo y la puesta en práctica de la voluntad de evitación, la posibilidad de influir en la producción del resultado y la cobertura o aseguramiento del peligro como indicios en contra de ella [83]. Schünemann [84] se fija en el carácter más o menos pronunciado de los elementos cognitivos y emocionales del dolo, y niega el dolo en aquel "al que le resulta indeseable una lesión del bien jurídico considerada posible"; pues en ese caso el sujeto no se habría colocado "claramente en contra del Derecho". Este recurso de diferentes indicios del dolo conducirá a resultados correctos en la mayoría de los casos. Pero se debe ser consciente de que tales indicios no representan ya el propio dolo, y sólo pueden ser valorados correctamente en su alcance cuando se los contempla desde el trasfondo de un principio rector tanto para el dolo en general (realización del plan) como también para el *dolus eventualis* en particular (decisión por la posible lesión de bienes jurídicos). 48

hh) La teoría del riesgo de Frisch

Frisch acomete en su monografía "Vorsatz und Risiko" ("Dolo y riesgo", 1983) el intento de dotar a la dogmática del dolo y sobre todo a la delimitación entre *dolus eventualis* e imprudencia consciente de un nuevo fundamento [85]. Objeto del dolo no son para él los elementos pertenecientes al tipo objetivo, pues el "saber" del sujeto no podría referirse al resultado típico simplemente por la sencilla razón de que éste no se ha producido en el momento de la acción. Objeto del dolo sería, por el contrario, sólo la "conducta típica", es decir, p.ej. en el caso del § 212 una conducta con riesgo no permitido de muerte. Para el *dolus eventualis* bastaría por tanto el conocimiento del riesgo no permitido. No sería preciso para el mismo elemento volitivo de ninguna 49

---

[81] LK[10]-Schroeder, § 16, nm. 93.
[82] Prittwitz, JA 1988, 495 ss.
[83] Una crítica demasiado rigurosa al respecto en Herzberg, JZ 1988, 640 s.
[84] Schünemann, GA 1985, 364; idem, 1988, 489. Crít. al respecto Herzberg, JZ 1988, 636 ss. ("incompatible... con la tradición jurídicopenal alemana").
[85] Como introducción merece mucho la pena leer la recensión de Küper, GA 1987, 479 ss. Acerca de Frisch cfr. además Herzberg, JuS 1986, 259 s.; Ziegert, 1987, 114 ss.; Brammsen, JZ 1989, 80 s. Siguiendo a Frisch, Freund, JR 1988, 116.

clase. Unicamente el conocimiento del riesgo justificaría la más severa punición del dolo: "Quien se ha percatado de aquel riesgo propio de su conducta que convierte su conducta en prohibida y típica normalmente puede cumplir el mandato de la norma de no originar semejantes riesgos de forma sustancialmente más sencilla que la persona que precisamente no ha aprehendido aún esa peligrosidad amenazante" [86].

50 Quien adopta una decisión de actuar siendo consciente del riesgo típico tomaría por tanto una "decisión en contra del bien jurídico". No obstante, esta decisión fundamentadora del dolo presupondría que el sujeto también "vea" las cosas "así por sí mismo". Cuando, "tras representarse un peligro concreto", se dice "que por esta o la otra razón no puede pasar nada", se decidiría "por una conducta (subjetivamente) no peligrosa" y no actuaría dolosamente [87]. Por tanto, también Frisch pretende excluir el dolo, pese a existir una representación del peligro, "cuando el sujeto confía en un desenlace airoso" [88]. Consecuentemente opina también que, entre las concepciones "presentadas actualmente", "la delimitación más útil del dolo la sigue ofreciendo la concepción que exige para el dolo un... 'tomarse en serio el peligro'" [89].

51 Este bosquejo resumido es suficiente para demostrar que Frisch, sin perjuicio de lo novedoso del planteamiento que pretende realizar, coincide en tres puntos centrales con la concepción aquí defendida: en el esfuerzo por fundamentar políticocriminalmente la frontera entre *dolus eventualis* e imprudencia consciente, es decir, en explicarla a partir de su distinta necesidad de pena [90]; en que se fija en la "decisión en contra del bien jurídico" y en la aplicación de los criterios de "tomarse en serio" y "confiar en" para la comprobación de esa decisión. El que Frisch pretenda que el elemento volitivo que existe en la propia toma de postura del sujeto no sea considerado tal, sino que —de manera similar a los defensores de la teoría de la probabilidad, nm. 38 ss.— lo incluya en su concepto del conocimiento del riesgo supone sólo una reformulación conceptual (artificiosa), que no modifica en absoluto la coincidencia material [91].

52 En cuanto a aquello en lo que Frisch va más allá de la concepción aquí defendida, hay que distinguir. Al atender al riesgo típicamente relevante, está

---

[86] Frisch, 1983, 97 s. Ampliamente de acuerdo ahora AK-Zielinski, §§ 15/16, nm. 18: "Actúa dolosamente quien actúa con conocimiento del riesgo típico."
[87] Frisch, 1983, 197.
[88] Frisch, 1983, 482.
[89] Frisch, 1983, 484.
[90] No obstante, la distinta necesidad de pena se debe sobre todo a diferencias en la magnitud de la culpabilidad y no necesariamente a las divergencias en cuanto a las necesidades preventivogenerales y preventivoespeciales que Frisch coloca en primer término; al respecto Küper, GA 1987, 500 ss.; Köhler, JZ 1985, 671.
[91] Cfr. al respecto tb. Herzberg, JZ 1988, 636, quien opina que en los resultados surge "de la polémica ruidosa una coexistencia pacífica".

extrayendo las consecuencias oportunas de la doctrina de la imputación objetiva: quien —aunque sea erróneamente— aprecia un supuesto de hecho que supone un riesgo jurídicopenalmente irrelevante actúa sin dolo; quien en cambio supone erróneamente factores fundamentadores de riesgo comete una tentativa (inidónea). Esto es en sí evidente. No obstante los análisis sumamente sutiles de Frisch acerca de la medida relevante de riesgo en constelaciones de tipos y tipos concretos suponen un avance sustancial. En cambio, Frisch no tiene razón [92] cuando pretende hacer objeto del dolo sólo el riesgo relevante para la norma y prescindir por lo demás del conocimiento de las circunstancias del hecho, pues naturalmente ha de incluir ese conocimiento en el concepto del conocimiento del riesgo, con lo que materialmente todo queda como antes. Es sin duda cierto que en el caso del "conocimiento" relativo al resultado se trata de un conocimiento pronóstico, referido a un resultado futuro. Pero tampoco se ha entendido el mismo nunca de otro modo, como se deriva del propio contenido semántico de los conceptos "previsión (*Absicht*, propósito, intención)" y "proposición (*Vorsatz*, dolo)" *.

ii) La no improbable producción del resultado y la habituación al riesgo en Jakobs

Jakobs [93] conecta elementos de la teoría de la probabilidad con la teoría del tomarse en serio. Para él, el dolo eventual se da "cuando el sujeto en el momento de la acción juzga que la realización del tipo como consecuencia de su acción no es improbable" [94]. Aunque hasta aquí se fija sólo en el componente intelectual del dolo, reconoce "que las condiciones del acto de conocimiento no son sólo de tipo intelectual" [95]. Quien negligentemente confía en que todo irá bien considera precisamente por eso improbable la producción del resultado. Por tanto Jakobs no se dirige contra el criterio de tomarse en serio como tal, sino que sólo advierte contra el hecho de "menospreciar la repercusión de la negligencia o ligereza, la represión, etc., en la faceta intelectual". 53

[92] Igualmente Küper, GA 1987, 503; Herzberg, JuS 1986, 259.

* Con la traducción propuesta en primer lugar no se pretende —sobre todo en el caso de *Vorsatz*— precisión (por ello se incluye entre paréntesis la palabra alemana y la traducción española que normalmente se utiliza y con la que se identifican en Derecho penal los términos empleados por Roxin), sino reflejar, aunque sea de manera imperfecta, la argumentación lingüística o semántica de Roxin, pues ésta parece apuntar a que en alemán "ab" indicaría carácter previo o desde la distancia (*ab-Sicht*: visión desde antes, pre-visión) y "vor" tb. previo o delante (*vor-Satz*: pro-posición), del mismo modo que "pre" y "pro" en castellano (y de origen latino o, a veces, en el caso de "pro", griego) denotan en ocasiones antelación, carácter previo, colocación delante (así en previsión, propósito y proposición, palabra esta última que se ha empleado para *Vorsatz* —dolo— para no utilizar propósito, que se entiende mejor en castellano, pero que daría aún más lugar a confusión al equivaler materialmente en cuanto a forma de dolo a la intención o Absicht) [N. del T.].

[93] Jakobs, AT², 8/21-32; similar ya idem, 1972, 117 ss.

[94] Jakobs, AT², 8/23.

[95] Aquí y en lo que sigue Jakobs, AT², 8/22.

54 La peculiaridad de esta concepción radica en el intento de ligar la imprudencia consciente a la suposición de falta de probabilidad. Para Jakobs, no se alcanza el límite inferior de la probabilidad [96] cuando la representación de que puede producirse el resultado no ejerce, "como *quantité négligeable*", influencia en la motivación del sujeto. Así sucede para él sobre todo en la "habituación al riesgo". Según Jakobs, hay riesgos no permitidos que sin duda existen estadísticamente, pero que ya no se pueden mostrar en la experiencia individual. "Quien conduce moderadamente bebido un automóvil origina un riesgo... estadísticamente calculable, pero individualmente insignificante si existe cierta habituación en relación con el resultado". Lo mismo sucedería cuando se supera la velocidad máxima o cuando no se respeta la distancia de seguridad. Tendría en cambio dolo de lesión quien "adelanta en una carretera estrecha ante un cambio de rasante o se salta a ciegas un semáforo en rojo"; tales situaciones se vivirían "con no poca frecuencia incluso como críticas". Además, la relevancia de la decisión depende según Jakobs "de la importancia del bien afectado y de la intensidad del riesgo".

55 Se trata de indicios dignos de ser tenidos en cuenta, pero demasiado rígidos [97] si se pretende ligar a ellos el juicio de que la producción del resultado es improbable. No se comprende por qué p.ej. la embriaguez al volante no ha de fundamentar dolo eventual y sin embargo ha de hacerlo siempre el saltarse el semáforo en rojo; ambos modos de comportarse están por igual estrictamente prohibidos y convertidos en tabú. Hasta qué punto alguien sienta la situación como "crítica" y se tome en serio el peligro depende de los datos del caso concreto y no se puede reducir a un esquema unívoco [98]. No es convincente tampoco la remisión a la "importancia del bien afectado", si con ello se quiere decir que cuando se ponen en peligro bienes jurídicos especialmente valiosos (¡integridad física y vida!) se ha de apreciar *dolus eventualis* antes que cuando se trata de bienes jurídicos de rango inferior [99]. Ello debería conducir en caso de igual valoración de la probabilidad a p.ej. la afirmación de un dolo homicida y a la negación de un dolo de daños, lo que contradice el punto de partida de Jakobs y conduce además a resultados tendencialmente incorrectos. Pues, como el nivel de inhibición ante un homicidio es especialmente alto, se reprimirá aquí más fácilmente la representación de la puesta en peligro y se habrá de apreciar imprudencia consciente antes que en el caso de bienes de menor valor. También el saltarse el semáforo en rojo, el adelantar en cambios de rasante, y situaciones similares fundamentarán por tanto por regla general sólo imprudencia.

---

96 Jakobs, AT², 8/30 ss.
97 Küpper, ZStW 100 (1988), 763, echa en falta "la necesaria claridad".
98 Acerca de la habituación al riesgo en Jakobs, cfr. tb. Herzberg, JuS 1986, 257 s.
99 Cfr. Prittwitz, JA 1988, 498 s.

jj) La teoría del peligro no cubierto o asegurado de Herzberg

El intento más reciente de encontrar una solución radicalmente nueva lo acomete Herzberg [100]. Este intenta trasladar el problema de la delimitación por completo al tipo objetivo, al excluir ya la imputación objetiva cuando concurren determinados criterios. El papel decisivo al respecto lo desempeña el concepto del "peligro no cubierto o asegurado". Herzberg denomina "no cubierto o asegurado" a un peligro "cuando durante o después de la acción del sujeto han de intervenir la suerte y la casualidad solas o en una gran parte para que el tipo no se realice" [101]. Un peligro cubierto o asegurado existe por el contrario "cuando el propio sujeto imprudente, el sujeto puesto en peligro o un tercero" pueden evitar posiblemente la producción del resultado prestando atención [102]. Si un capataz envía al aprendiz sin experiencia a un andamio sin el preceptivo dispositivo de seguridad contra caídas (barra o larguero de barandilla o parapeto e intermedia), y si un profesor permite a los alumnos bañarse en un río peligroso a pesar de la señal prohibitiva que lo advierte [103], en caso de desenlace mortal existe por tanto sólo un homicidio imprudente, con independencia de la valoración subjetiva del sujeto. Pues el peligro estaba "cubierto o asegurado", porque las víctimas podrían haber evitado su muerte con precaución y atención. Lo propio regiría para el adelantamiento en cambios de rasante y para el saltarse el semáforo en rojo. En cambio [104] quien juega a la ruleta rusa (dos amigos se colocan recíprocamente un revólver de tambor en la sien y disparan simultáneamente con un riesgo de que se produzca el resultado de 1 sobre 5), quien realiza acciones de contenido sexual sobre una muchacha (§ 176 I [abuso sexual de niños]) que considera posiblemente todavía menor de catorce años, quien aplasta con el coche a un peatón contra la pared de una casa (BGH NStZ 1984, 19), o quien estrangula a la víctima de un robo hasta que pierde el conocimiento (BGH StrV 1984, 187), ha originado un peligro no cubierto o asegurado. Posee dolo eventual incluso si confía en la no producción del resultado. 56

Más allá de esto, Herzberg pretende (o pretendía) negar el dolo también en el caso de peligros no cubiertos o asegurados cuando el sujeto crea sólo un "peligro remoto" [105]. Así sucedería p.ej. en el caso planteado en RGSt 21, 420, 422, en el que alguien "tira de noche por la ventana, para deshacerse de él, un objeto pesado para él inútil y al hacerlo... es consciente de la posibilidad 57

---

[100] Herzberg, JuS 1986, 249; idem, JuS 1987, 777; idem, NJW 1987, 1461; idem, NJW, 1987, 2283; idem, JZ 1988, 573, 635; idem, JZ 1989, 470. A Herzberg le sigue en lo esencial su discípulo Schlehofer, NJW 1989, 2017.
[101] Herzberg, JZ 1988, 639.
[102] Herzberg, JZ 1988, 642.
[103] Herzberg, JuS 1986, 249 s.
[104] Herzberg, JuS 1986, 251, 255, 252.
[105] Herzberg, JuS 1986, 256.

de que pudiera resultar alcanzado y muerto alguien que pasara por allí", o en situaciones como la de la madre que continúa con sus quehaceres, pese a que de repente cae en la cuenta de que su hijo podría beber una medicina que se ha quedado sobre la mesa de la cocina y envenenarse con ella [106]. Es peculiar la toma de postura de Herzberg sobre el caso de actualidad en que un infectado por VIH mantiene relaciones sexuales sin protección sin advertir al compañero de su infección. Dado que se trata de un peligro no cubierto o asegurado, Herzberg afirma el dolo de lesión en relación con el § 223 a [lesiones con medios o circunstancias peligrosos]. Sin embargo retrocede, "por razones más bien de intuición" [107], ante la consecuente apreciación de tentativa de asesinato u homicidio y pretende excluir la imputación al tipo objetivo, porque en el hecho quedaría un "resto de adecuación social" [108].

58 La concepción de Herzberg no contradice en realidad la teoría del tomarse en serio, sino que es un intento de concretarla eliminando el elemento volitivo y de reducirla en lo esencial al criterio de la cobertura o aseguramiento. El mismo opina [109] que no resultaría oportuna "la supresión, sino el desplazamiento del criterio del tomarse en serio, es decir, su anticipación al tipo objetivo". Lo decisivo no sería si el sujeto "se ha tomado en serio un peligro del que se ha percatado..., sino que se ha percatado de un peligro que hay que tomarse en serio". Habla de una "teoría objetivada del tomarse en serio" [110].

59 Es correcto que el tomarse en serio la posible producción del resultado puede deducirse, como todos los elementos "internos", de datos objetivos y que la falta de "cobertura o aseguramiento" es un indicio al respecto. Sin embargo, la absolutización de este punto de vista no puede convencer [111]. No está claro que un peligro "cubierto o asegurado" no deba nunca fundamentar *dolus eventualis,* ni siquiera cuando el agente se da cuenta que sigue existiendo un riesgo considerable, mientras que un riesgo de la misma magnitud no cubierto o asegurado deba conducir siempre al dolo eventual. Es verdad que Herzberg habla en ocasiones de que la cobertura o aseguramiento habría de ser "altamente eficiente" y "sólido" [112]. Si con ello se quisiera decir que sólo

---

[106] Parece que recientemente Herzberg (JZ 1988, 640 s., n. 33) pretende —¡sin razón!— apreciar ya un riesgo permitido en estos casos; no me ha quedado del todo claro.

[107] Herzberg, NJW 1987, 1466.

[108] Herzberg, JuS 1987, 783; se retracta en JZ 1989, 479 s., donde ahora, siguiendo a Schünemann, 1988, 483 ss., y Schlehofer, NJW 1989, 2022 ss., se rechaza la imputación de consecuencias sobrevenidas posteriormente; cfr. al respecto § 24, nm. 45. Afirma ahora con Schünemann un hecho consumado del § 229 [envenenamiento].

[109] Herzberg, NJW 1987, 1464; similar JuS 1986, 262.

[110] Herzberg, JuS 1986, 262; 256, n. 27.

[111] Cfr. para la crítica tb. Brammsen, JZ 1989, 79 s.

[112] Herzberg, JuS 1986, 258; por otro lado, según él, un peligro cubierto o asegurado podría ser tb. un peligro concreto (p. 257).

la representación de un peligro muy pequeño excluye el dolo, se habría consumado la vuelta a la teoría de la probabilidad y sería superfluo el criterio de la cobertura o aseguramiento [113]. Si la víctima o terceros deben proporcionar la cobertura o aseguramiento, el sujeto no se entera de hasta qué punto aquéllos son capaces de y están dispuestos a hacerlo, de modo que la delimitación se vuelve completamente insegura. El mismo Herzberg admite que su criterio "obliga en buena medida a la valoración y no puede garantizar decisiones exentas de dudas en la zona intermedia" [114]. Con ello se malogra el objetivo de hallar una clara línea divisoria objetiva en lugar de la "evitación del dolo mediante confianza irracional" [115].

Tampoco el objetivo de suprimir por completo los componentes volitivos 60
del dolo es, en éste y en cualquier otro caso, ni alcanzable ni deseable. En efecto, el que el sujeto se represente una cobertura o aseguramiento eficiente depende siempre de la confianza (como mínimo parcialmente) irracional en que la precaución del sujeto, de una víctima o de terceros evitará el resultado. Si el sujeto no posee esa confianza, no se le podrá atribuir tampoco creencia alguna en una cobertura o aseguramiento eficiente. Tampoco se comprende que la intención o propósito (como forma más fuerte del querer) no haya de poder fundamentar dolo alguno cuando el peligro está "cubierto o asegurado". Cuando alguien conduce a alta velocidad en dirección al policía que se interpone en su camino, normalmente no se trata de una tentativa de asesinato, porque el sujeto (por la experiencia de la vida: con razón) confía en que el policía saltará a un lado aún a tiempo (según Herzberg: porque el peligro está cubierto o asegurado). Cuando sin embargo el sujeto, *ceteris paribus*, se abalanza a toda velocidad sobre el policía con intención de matarlo, no resulta plausible que eso no deba ser tentativa de asesinato sólo porque el éxito no sea seguro y el policía pueda saltar a un lado en el último segundo.

kk) La teoría de la asunción de los elementos constitutivos del injusto de Schroth

Para Schroth [115a] el *dolus eventualis* es "la asunción (apropiación, hacer 60a
suyas) de las condiciones constitutivas del injusto con conocimiento del riesgo". El sujeto por tanto debe saber en primer lugar "que es fácil que con su actuación se produzcan las circunstancias constitutivas del injusto". Pero, aun cuando haya percibido lo anterior, el dolo está excluido "si el sujeto... reprime... los elementos del peligro", si no los reprime, pero "parte seriamente de la idea de que la lesión del bien jurídico no se producirá" o si hace patentes esfuerzos

[113] El mismo Herzberg considera "totalmente errónea" la interpretación de su concepción como "teoría modificada de la probabilidad" (JuS 1986, 256, n. 27).
[114] Herzberg, JuS 1986, 255.
[115] Herzberg, JuS 1986, 261.
[115a] Schroth, JuS 1992, 7 s.

serios, y en su opinión con perspectivas de éxito, de evitación o "parte seriamente de la idea de que la propia víctima o terceros impedirán la producción de las circunstancias fundamentadoras del injusto".

60b Esta concepción es también perfectamente compatible con la "teoría del tomarse en serio" [115b], tanto más cuanto que también Schroth reconoce el "tomarse a la ligera" como criterio de la imprudencia consciente y reconoce el elemento volitivo del dolo eventual. Los que él llama en particular presupuestos para la "asunción de los elementos constitutivos del injusto" hay que entenderlos por tanto como concreciones del concepto de tomar en serio.

ll) Recapitulación

61 Los esfuerzos recientes en torno al *dolus eventualis* se caracterizan por tanto menos por el rechazo de la teoría del tomarse en serio que por el intento de objetivarla. Sin embargo, los empeños en suprimir totalmente el elemento volitivo-emocional están condenados al fracaso. Es cierto que no pertenece al dolo ninguna "aprobación" en el sentido de que el sujeto deba considerar deseable el resultado [116]. Tampoco es exigible una actitud sentimental de "absoluta indiferencia" frente a la producción del resultado. Pero no se puede anular el elemento "pronóstico-irracional" [117] que se integra en la decisión por la posible lesión del bien jurídico y que distingue mediante el "tomarse en serio" el peligro o la "confianza" en un desenlace airoso [118]. O bien se ha de incluirlo, como hacen la mayoría de los defensores de un concepto de dolo puramente cognitivo, en el concepto del saber, con lo cual no varía materialmente nada [119]; o bien se han de desfigurar los fenómenos reales mediante la reducción a sus componentes intelectuales.

[115b] Me parece que las objeciones que Schroth (JuS 1992, 4 s.) aduce contra la "teoría del tomarse en serio" no alcanzan a la versión de ésta expuesta *supra* (nm. 21-31).

[116] Ya lo puse de relieve en JuS 1964, 58 (= Grundlagenprobleme, 224). Ello se puede considerar hoy afianzado; cfr. simplemente Küper, GA 1987, 507; Brammsen, JZ 1989, 77.

[117] Herzberg, JZ 1988, 636.

[118] Como enérgicos defensores del elemento volitivo del dolo han destacado en los últimos tiempos: Ziegert, 1987; Spendel, Lackner-FS, 1987, 167 ss.; Prittwitz, JA 1988, 427 ss., 486 ss.; idem, StrV 1989, 123 ss.; Küpper, ZStW 100 (1988), 758 ss.; Brammsen, JZ 1989, 71 ss.; W. Hassemer, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 289 [= ADPCP 1990, 909; N. del T.]; Schroth, JuS 1992, 1. A favor del elemento volitivo del dolo además Geppert, Jura 1986, 613. Küper, GA 1987, 508, subraya con razón que el anclaje del dolo eventual tb. en la voluntad del sujeto tendría la función de "retener más claramente el momento de decisión del hecho doloso". Como adversarios recientes del elemento volitivo del dolo, además de los ya mencionados, hay que citar a: Schmoller, ÖJZ 1982, 259 ss., 281 ss.; Kindhäuser, ZStW 96 (1984), 1 ss.; Bottke, 1988, 192 ss.; Schumann, JZ 1989, 427 ss.; Schlehofer, NJW 1989, 2017 ss.; Kargl, 1993, quien rechaza el criterio de la "decisión por el injusto" como resurrección circular de la fórmula de la aprobación y desarrolla un concepto de dolo de la "lógica afectiva" fundamentado científicocognitivamente con renuncia a un elemento volitivo.

[119] Tb. Lackner[20], § 15, nm. 27, considera "estéril" la "controversia lingüística". Asimismo Zielinski, AK, §§ 15/16, nm. 78, admite que no existen diferencias materiales entre que el elemento que él caracteriza como "conciencia del peligro rectora de la acción" se califique como elemento del saber o como elemento autónomo volitivo del dolo.

62 Por otro lado se sobrevalora actualmente la disputa sobre los elementos objetivos y subjetivos, intelectuales y volitivos en la delimitación del dolo. El que todas las teorías en liza se aproximen entre sí en sus resultados concretos no es una casualidad. Pues incluso los elementos de tinte volitivo, como el "tomarse en serio" o la "confianza", pueden deducirse sólo de indicios objetivos [120], entre los cuales la mayoría de las veces carecerá de trascendencia decisiva la declaración del acusado, condicionada por su táctica procesal [121]. La magnitud del peligro conocido y la circunstancia de si el sujeto tenía, desde su posición, algún motivo para conformarse con el resultado desempeñarán el papel más importante al respecto; otros criterios como la habituación al riesgo, los esfuerzos de evitación y la cobertura o aseguramiento poseen una trascendencia más indiciaria para la valoración del peligro. Mediante la ponderación general y racionalmente controlada de los indicios que apuntan en favor del tomar en serio el peligro o de la confianza en la no producción de la lesión del bien jurídico se sustrae esta doctrina a la arbitrariedad de la que recelan sus críticos, mientras que las concepciones pretendidamente puramente objetivistas, que se limitan a un saber (de la índole que sea), caen con demasiada facilidad en un esquematismo rígido. Es inevitable que quede una "inseguridad residual": dado que en el elemento volitivo se expresa también una diferencia de culpabilidad entre dolo e imprudencia, la fijación de delimitaciones matemáticamente precisas resulta aquí tan poco posible como lo es en general en la determinación de la culpabilidad.

mm) El igual tratamiento del *dolus eventualis* y de la imprudencia consciente

63 Las dificultades de la delimitación entre *dolus eventualis* e imprudencia consciente han inducido a Eser [122] a considerar de *lege ferenda* la reunión de ambos en una **tercera forma** específica **de culpabilidad** situada entre el dolo y la imprudencia. Weigend [123] ha fundamentado en profundidad esta idea, apoyándose en la figura jurídica angloamericana de la *"recklessness"* [124], que persigue una solución semejante. Tal regulación, que presupondría una revisión de toda la Parte especial y que por tanto posee escasas posibilidades de

---

[120] Por completo como aquí W. Hassemer, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 289 ss. [= ADPCP 1990, 909 ss.; N. del T.]; al respecto tb. Volk, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 611. En ello estriba tb. la relativa corrección de la interesante concepción de Puppe, ZStW 103 (1991), 1 ss., quien pretende atribuir la "decisión por la posible lesión del bien jurídico" de modo puramente normativo conforme a indicios objetivos.

[121] Acerca de la cuestión de la atribución en virtud de indicios objetivos, cfr. Hruschka, Kleinknecht-FS, 1985, 191 ss. Acerca de las posibilidades y límites de la prueba de circunstancias psíquicas ajenas, Freund, 1987. Acerca de la cuestión empírica de cuándo se afirma un dolo de matar en la práctica, Sessar, 1981.

[122] Eser, StrafR I, [3]1980, caso 3, nm. 35 a.

[123] Weigend, ZStW 93 (1981), 657 ss.

[124] Cfr. tb. Arzt, Schröder-GS, 1978, 119 ss.

hacerse realidad [125], comportaría con seguridad una simplificación para la aplicación del Derecho. Pero igualaría también la diferencia cualitativa que existe entre la decisión en contra del bien jurídico protegido y la confianza negligente en su conservación, y por ello no es recomendable. Que es posible una delimitación entre el *dolus eventualis* y la imprudencia consciente lo demuestran los resultados sorprendentemente similares a que conducen las distintas concepciones todavía hoy defendidas, pese a todas las diferencias dogmáticas y terminológicas.

c) Acerca de la evolución de la jurisprudencia reciente [126]

64 Desde el caso de la correa de cuero (ej. 6, nm. 21), que se resolvió en 1955, la jurispr. ha ido tomando un rumbo, en el cual considera suficiente ya el tomarse en serio el resultado, el resignarse a él, para el dolo eventual, y no entiende por tanto ya la "aprobación" como deseo, sino sólo en el sentido de que el sujeto debe haber asumido en su voluntad —aunque sea por necesidad— el resultado representado como posible. No obstante, se encuentran al principio todavía resoluciones aisladas según las cuales sólo existiría dolo eventual cuando el sujeto ha "deseado" el resultado [127]. Otras sentencias son contradictorias [128]. Pero se impone mayoritariamente una línea unitaria.

65 **Ejemplo 8** (BGH NJW 1968, 660): El acusado intentó quitarse de encima el coche de policía que le seguía, embistiéndolo con su pesado coche y dejándolo así fuera de funcionamiento. Se había percatado de la posibilidad de que los policías pudieran resultar muertos. No lo deseaba, pero actuó no obstante conforme a su plan, porque quería escapar en cualquier caso a su detención por la policía.

El BGH había apreciado aquí dolo eventual. "Lo decisivo es... si el sujeto... admite conscientemente que precisamente esa acción puede producir el resultado dañoso por él considerado posible y no muy remoto... Si el acusado... previó que los funcionarios de policía... podrían resultar muertos por los choques, entonces no puede haber confiado en que ello no sucedería. Sin duda puede haber seguido esperando y deseando que no sucediera una desgracia tan grave. Pero eso no se opone a la apreciación del dolo eventual de matar." Materialmente la sentencia hace depender el dolo, por completo en el sentido aquí defendido, de la decisión por la posible lesión de bienes jurídicos.

66 **Ejemplo 9** (BGH VRS 59 [1980], 183): El acusado condujo en dirección al agente que le daba el alto en una barrera policial, para atravesarla. El agente pudo saltar a un lado en el último momento.

---

[125] Así tb. el propio Weigend, ZStW 93 (1981), 700.

[126] Un análisis exhaustivo de la jurispr. en Köhler, 1982, 45 ss.; Frisch, 1983, 304 ss. Schroth, NStZ 1990, 324 ss., ofrece una panorámica de la jurispr. sobre el dolo de matar.

[127] Así sobre todo una sentencia no publicada, de la que da noticia Schmidhäuser, GA 1958, 163; al respecto Schmidhäuser, loc. cit.; Roxin, JuS 1964, 56 (= Grundlagenprobleme, 218 s.), pero tb. Köhler, 1982, 55 ss.

[128] Así BGH VRS 36 (1969), 22, donde se mezclan confusamente los criterios de la indiferencia, la esperanza y la confianza.

El fallo del ej. 8 podría interpretarse en el sentido de que el BGH, al modo de la teoría de la probabilidad, pretendería deducir sin más el dolo eventual de la representación de una posibilidad no muy remota. Sin embargo el BGH ha dejado claro precisamente en las constelaciones de frecuente aparición del ej. 9 que esta deducción no puede extraerse sin tener en cuenta el elemento volitivo del resignarse a; el juzgador debería "analizar en detalle... las circunstancias específicas concurrentes en el hecho y en la personalidad del sujeto" [129]. "Dolo eventual e imprudencia consciente se distinguen únicamente en que quien actúa con imprudencia consciente no está de acuerdo con la consecuencia reconocida como posible y confía por ello en su no producción, mientras que quien actúa con dolo eventual está de acuerdo con la producción del resultado dañoso en el sentido de que se conforma con él aprobándolo o al menos se resigna a la realización del tipo." "Dado que los límites de ambas formas de culpabilidad se hallan muy cerca uno de otro", la resolución no debe tomarse nunca de manera esquemática, sino sólo tras el examen de la situación altamente individual del respectivo sujeto. Ello se subraya una y otra vez también en otros casos distintos [130].

Ejemplo 10 (BGH MDR [H] 1980, 812): A había dirigido a la cabeza del funcionario de policía X, que se interponía en su camino, una cuchillada con una navaja campera de modo consciente y voluntario, para que no le obstaculizara. El agente había echado la cabeza a la izquierda y sufrió una herida de 1 cm de profundidad en un lado del cuello. **67**

Por otro lado, el BGH intenta facilitar la apreciación de las circunstancias individuales mediante múltiples indicios objetivos, entre los cuales han pasado a primer plano en las resoluciones recientes los criterios de la probabilidad ("peligrosidad extrema") y del dejar que las cosas sigan su curso. Así, en el caso del ej. 10, se dice con una formulación cada vez más frecuentemente empleada [131]: "Existe dolo eventual cuando el sujeto reconoce la producción del resultado típico como posible y no muy remota y la aprueba. Es lógico

---

[129] Asimismo en un caso análogo BGH MDR (H) 1978, 458.

[130] BGH MDR (H) 1977, 458: lo decisivo sería si "precisamente el acusado en su específica situación" no podía confiar en la salvación de los moradores de la casa por él incendiada. BGH MDR (H) 1977, 458: lo ajeno a la personalidad de un homicidio, el shock del acusado y el que acudiera a la policía se valoran como indicios que pueden apuntar en contra del dolo eventual. BGH GA 1979, 106: los esfuerzos de la madre para provocar que el recién nacido diera señales de vida se valoran en el sentido de que apuntan en contra de un homicidio doloso por omisión. En contra del dolo en una situación análoga al siguiente ej. 10 tb. BGH StrV 1982, 509; NStZ 1983, 407. BGH JZ 1990, 297, rechaza el dolo de matar en un caso en que el sujeto había conducido hacia un grupo de peatones para que tuvieran que "salir disparados en todas direcciones".

[131] Asimismo literalmente en BGH JZ 1981, 35, con com. de Köhler (el sujeto lanzó un hacha contra unos funcionarios de policía a través de una puerta de cristal). La formulación se remonta a una sentencia no publicada del año 1971. En un caso del § 267 [falsificación de documentos] señala ahora el BGH (siguiendo a Sch/Sch/Cramer[24], § 15, nm. 87) que las formulaciones citadas *supra* en el texto "han sido desarrolladas en gran medida para el ámbito de los delitos contra la vida" y no pueden "aplicarse a modo de fórmula a casos con supuesto de hecho abierto y susceptible de varias interpretaciones (p.ej. en la presentación de documentos falsificados por un abogado defensor)" (BGHSt 38 con com. de Scheffler, StrV 1993, 470).

apreciar la aprobación cuando el sujeto lleva a cabo su proyecto a pesar de la extrema peligrosidad, sin poder confiar en un desenlace feliz y cuando deja al azar el que el peligro por él conocido se realice o no. A este respecto, hay que apreciar aprobación aun cuando el sujeto no desee el resultado en sí, pero, a pesar de la grave puesta en peligro de la víctima, persevera en la persecución de su finalidad inmediata a cualquier precio... Así sucedió posiblemente aquí..." El BGH acude además al criterio de Arm. Kaufmann de la no puesta en práctica de la voluntad de evitación (nm. 44 s.): "A no había tomado precauciones en virtud de las cuales hubiera podido confiar en no alcanzar mortalmente a X." Con este empeño en despojar a las "teorías" concretas de su pretensión de absolutismo, reconociendo sin embargo su valor indiciario para la constatación del dolo eventual, la jurispr. está por completo en el camino correcto. Sería deseable que se abandonara la síntesis, contraria al uso del lenguaje y equívoca, en un concepto vacío de aprobación y se la sustituyera por una concepción orientada al contenido material del dolo eventual.

68 **Ejemplo 11** (BGH NStZ 1982, 506): K y S habían derribado a golpes y robado a E. Finalmente S había separado a K de la víctima y había dejado a E en un seto a la orilla de un canal. E se cayó al canal. Se pensaron si debían ayudarle. Como no tenían ganas de buscar a E en la oscuridad, se tranquilizaron presumiendo que sabría nadar, y se marcharon de allí. E pudo salvarse.

Mientras que en la literatura científica cada vez existe más oposición al elemento volitivo del dolo, la jurispr. de los años ochenta muestra una tendencia contraria: se rechaza el dolo por falta de "querer" aun cuando el sujeto se hubiera percatado de la considerable peligrosidad de su conducta y hubiera dejado que las cosas siguieran su rumbo. Ni siquiera "cuando alguien coloca a otro en una situación de peligro extremo y cuenta con la posibilidad de un desenlace mortal" está según ello "excluido que el sujeto confíe seria y no sólo vagamente en un desenlace airoso y actúe por tanto sólo con imprudencia consciente" (loc. cit., 506 s.). También en el presente caso la apreciación de una imprudencia consciente le parece lógica al BGH [132]. Como fundamentación se aduce con frecuencia (no en el ej. 11) que "ante el dolo de matar" existiría "una barrera inhibitoria mucho más alta que ante al dolo de peligro" [133]. Este argumento de los "niveles de inhibición", que hace escasa últimamente la apreciación de dolo de matar en los delitos comisivos en la jurispr., no valdría sin embargo para las omisiones: "En los casos de omisión no existen... niveles de inhibición ante un dolo de matar psicológicamente compa-

[132] Igualmente en BGH StrV 1982, 509; NStZ 1983, 365; StrV 1983, 360; NJW 1983, 2268; NStZ 1983, 407; NStZ 1984, 19; StrV 1985, 100; NJW 1985, 2428; MDR 1985, 794; StrV 1985, 198; StrV 1986, 421; NStZ 1986, 549; StrV 1987, 92; NStZ 1987, 362, con com. de Puppe = JR 1988, 115, con com. de Freund (dolo de lesionar); NStZ 1987, 424; 1988, 175; StrV 1988, 93, con com. de Sessar; NStZ 1988, 361. Acerca del dolo en el § 146 [falsificación de moneda]: BGHSt 35, 21 (25 ss.).

[133] BGH StrV 1982, 509; NStZ 1983, 407; 1984, 19; StrV 1986, 197; NStZ 1988, 361; 1992, 588; StrV 1993, 307.

rables a los del hacer positivo. Sobre todo en la omisión de socorro subsiguiente a una conducta previa culpable no tiene lugar este momento psicológico debido a los típicos motivos de autoprotección que operan en contra" (BGH NStZ 1992, 125; crít. al respecto Puppe, NStZ 1992, 576). No resulta muy convincente que, conforme a lo anterior, en una mera omisión uno se haya de convertir antes en homicida que en un actuar positivo con peligo para la vida.

El BGH utiliza por tanto el elemento volitivo del dolo para refrenar la **69** apreciación de dolo homicida a la que las instancias encargadas de la persecución penal están a menudo prestas. Ello es tendencialmente digno de aprobación, pero va demasiado lejos cuando el sujeto pone en peligro extremo de modo consciente a su víctima y no se aprecian circunstancias que puedan suscitar una confianza en la no producción del resultado. En el ej. 11 parece plausible la negación del dolo, porque casi todas las personas saben nadar. Pero cuando el acusado asesta a la víctima una puñalada en la espalda (BGH NJW 1983, 2268), la aplasta con el coche contra la pared de una casa (BGH NStZ 1984, 19), le clava la navaja campera en el hemitórax izquierdo (BGH NJW 1985, 2428), le perfora la pared abdominal y el intestino delgado (BGH MDR 1985, 794), da patadas en la cabeza a un bebé "a modo de pelota de fútbol... con gran violencia" (BGH NStZ 1986, 549), mata a la víctima de 23 martillazos (BGH StrV 1987, 92), le asesta cinco cuchilladas con las palabras: "¡Tú, canalla, te voy a matar!" (BGH NStZ 1987, 424), propina, "como experto karateka", un golpe con el canto de la mano a un niño de dos años tras maltratarlo gravemente antes (BGH NStZ 1988, 175), golpea en la nuca a una mujer de ochenta y cuatro años con un candelabro pesado (BGH StrV 1988, 93), estrangula a su mujer hasta dejarla inconsciente, golpea dos veces contra el duro suelo la cabeza de la inconsciente y le dice a la policía: "¡Quería matar a mi mujer!" (BGH NStZ 1988, 362), en tales supuestos a menudo rayanos con el dolo directo no está claro en qué se habría podido basar la confianza en un desenlace airoso, máxime cuando, con razón, una "confianza vaga" en el sentido de una mera esperanza no bastaría para la exclusión del dolo.

En muchos casos el BGH apoya sus dudas sobre la existencia de dolo en **70** la excitación pasional del sujeto o en su previo consumo de alcohol. Este tipo de circunstancias desinhibitorias pueden reducir sin duda la imputabilidad o capacidad de culpabilidad (y en esa medida conducir con razón a la atenuación de la pena). Pero no está claro por qué las mismas fundamentarían una "confianza seria" en la no producción de consecuencias graves. Más comprensible resulta a menudo la apreciación de que precisamente la desinhibición habría conducido a que al sujeto le fuera como mínimo indiferente en el momento del hecho la producción del resultado. El reproche de que la jurispr. de los últimos años conduciría a una cierta arbitrariedad en la apreciación o el re-

chazo del dolo de matar no debe desestimarse por tanto del todo [133a]. Pero ello no se debe a la teoría del tomarse en serio, sino a la forma de aplicarla. Por lo demás, la jurispr. citada demuestra que tampoco el recurso a un concepto puramente intelectual de dolo podría impedir dejar abierto un margen de libertad demasiado amplio a la decisión judicial, pues en muchos casos el BGH duda incluso de que el sujeto se haya percatado siquiera de la posibilidad de producción del resultado [134].

71 **Ejemplo 12** (BGHSt 36, 1): El acusado sabía que estaba infectado por VIH. A pesar de ello mantuvo en dos ocasiones relaciones sexuales con un compañero homosexual, sin informarle de su infección. En ambos casos llevó a cabo la relación anal primero sin preservativo, pero la interrumpió y la reanudó con preservativo hasta la eyaculación. No se pudo probar una infección del compañero, que permaneció en el anonimato.

En el examen del dolo el BGH subraya en primer lugar que no ve "motivo alguno para abandonar los principios de delimitación desarrollados en una jurisprudencia constante en general o en especial para la responsabilidad penal en casos de sida" (loc. cit., 10). Considera entonces no "forzosa", pero sí "posible y practicable" la apreciación del tribunal de instancia de que el acusado habría cometido una tentativa de lesiones peligrosas, y confirma en esa medida la condena. En cambio, se rechaza el dolo eventual de matar —como ya en el LG—, porque ante él existe "un nivel de inhibición mucho más alto". El rechazo se apoya en el argumento de que el acusado, debido al largo periodo de incubación, "posiblemente compartía la esperanza de muchos infectados por VIH de que en ese periodo se encontraría un remedio contra el sida" (loc. cit., 15).

72 Esta muy discutida sentencia [135] no puede convencer. Ello vale en primer lugar en relación con la afirmación del dolo de lesionar. Aunque éste no se aprecia en general (para todos los supuestos de hecho comparables), sino sólo para el caso individual, los vagos indicios apreciados en favor del dolo no tienen sin embargo importancia frente a la circunstancia de que el riesgo de contagio era objetivamente y en opinión del acusado "sólo insignificante" (loc. cit., 11). Además, el mismo se redujo más aún mediante la "puesta en práctica de la voluntad de evitación" del acusado (utilización de preservativo en la fase

---

[133a] Cfr. tb. la exposición de Bauer, wistra 1991, 168, quien propugna dejar impune la tentativa con *dolus eventualis* y hacer así superflua una negación no convincente del *dolus eventualis* cuando no se produce el resultado. Por lo demás, opina que el BGH rechaza especialmente el dolo de matar cuando "en caso de negar la tentativa de homicidio, queda otro delito grave conminado con un marco penal considerable" (p. 171).

[134] BGH NStZ 1983, 365; StrV 1983, 360; MDR 1985, 794; StrV 1986, 421; NStZ 1986, 549; StrV 1987, 92; NStZ 1988, 361.

[135] Acerca de la polémica respecto de la sentencia cfr. Schünemann, JR 1989, 89 ss.; Bottke, AIFO 1989, 468 ss.; Herzberg, JZ 1989, 470 ss.; Prittwitz, StrV 1989, 123 ss.; Schlehofer, NJW 1989, 2017 ss.; Bruns, MDR 1989, 199 ss.; Helgerth, NStZ 1989, 117 ss.; Frisch, JuS 1990, 362 ss.; idem, Meyer-GS, 1990, 533 (538 ss.); H.-W. Mayer, JuS 1990, 784 ss.; Prittwitz, 1990, 125 ss.; Scheuerl, 1992, 83 ss. y *passim*.

final) [136], de modo que éste tenía buenas razones para confiar en que no se produciría un contagio. Cuando se observa ante qué altos grados de probabilidad el BGH está dispuesto en otros casos —cfr. las explicaciones en relación con el ej. 11— a seguir negando el *dolus eventualis*, resulta difícilmente comprensible por qué su apreciación aquí ha de ser "posible y practicable".

Pero una vez que se parte de la existencia de un dolo de lesionar, es incon- **73**
secuente negar el dolo de matar. La apelación al más alto nivel de inhibición ante el dolo de matar (loc. cit., 15) no vale aquí, porque la infección por VIH, cuando tiene lugar, presumiblemente conduce siempre a la muerte, de modo que coinciden prácticamente el dolo de lesionar y el de matar. Cuando el BGH opina frente a ello que el acusado podría haber confiado en el descubrimiento de un remedio contra el sida, se trataría, en el estado actual de la investigación, de una esperanza sumamente vaga, que según los otros principios de la jurispr. no podría excluir el dolo. Tampoco es posible apreciar en favor del acusado tal esperanza cuando, como sucede evidentemente aquí, ni siquiera la ha invocado.

Esta crítica no modifica en nada la corrección del reconocimiento por **74**
el BGH de la falta de dolo de matar. Sólo que la fundamentación acertada sería: la confianza negligente del acusado en que ya no tendría lugar el contagio debería conducir también a la negación del dolo de lesionar. Este resultado no prejuzga la respuesta a la cuestión de si la relación sexual sin protección de un infectado por VIH con un compañero no informado necesita de pena o no. Pues el que en cientos de contactos se produzca una sola vez una infección ya es demasiado. Naturalmente es muy discutible si de la profilaxis del sida con los medios del Derecho penal puede esperarse un resultado positivo; pero si el legislador quiere ponerla en práctica, debería conminar con pena expresamente como delito de peligro abstracto la relación sexual sin protección de un infectado por VIH con un compañero no informado [136a].

4. La dimensión temporal del dolo *(dolus antecedens* y *dolus subsequens)*

El dolo, como base de la realización del plan, ha de concurrir durante **75**
la acción ejecutiva, es decir, durante la propia ejecución. No basta un ***dolus antecedens***, es decir, un dolo previo a la ejecución durante la fase preparatoria. Cuando alguien saca en una riña el revólver cargado con dolo de matar, pero sólo quiere matar de un disparo con él a la víctima al final de

---

[136] El riesgo en caso de relación sexual sin protección está, según el conocimiento médico actual, entre el 0,1 % y el 1 %; cfr. Scherf, 1992, 139 ss. Incluso si esto fuera demasiado optimista, el riesgo, si no concurren circunstancias especiales que eleven el peligro, se mueve evidentemente en una dimensión que habla decididamente en contra del dolo eventual.

[136a] Postulan tb. un tipo de peligro, entre otros, Bottke, AIFO 1989, 476; Bruns, MDR 1989, 201; rechazándolo: Scherf, 1992, 139 ss.

una larga disputa, escapándose sin embargo el disparo por error ya antes de disponerse a realizar la acción ejecutiva, sólo concurre un homicidio imprudente. Pues el dolo en la fase preparatoria no es punible como tal. Dado que nunca se puede saber si el sujeto habría pasado realmente a la fase ejecutiva, pretender hacerle ya responsable por delito consumado doloso cuando se produce el resultado en la fase preparatoria contradiría la valoración legal.

76 Por otro lado, no es necesario que el dolo esté presente durante toda la acción ejecutiva. Basta que concurra en el momento en el que el sujeto se dispone a la producción del resultado y abandona el control del curso causal. Al autor de un atentado que esconde una bomba en el avión y con ello entra en la fase ejecutiva se le puede castigar por homicidio consumado incluso si en el momento de la explosión posterior no piensa ya en el asunto o incluso duerme. Ni siquiera es ya necesario posteriormente un dolo "latente", en el sentido de un mantenimiento del plan del hecho. Si el autor del atentado, tras colocar la bomba, se arrepiente de su conducta e intenta por radio conseguir un aterrizaje prematuro del avión y con ello la salvación de los pasajeros, es asimismo responsable penalmente por homicidio consumado si sus esfuerzos no tienen éxito. Ello se deriva sin duda del § 24 I 2, que sólo concede exención de pena por desistimiento de la tentativa (¡y no por falta de dolo!) en caso de evitación voluntaria de la consumación.

77 Igual que el *dolus antecedens*, tampoco el ***dolus subsequens,*** el dolo subsiguiente o consecutivo, es dolo en sentido jurídicopenal. Quien mata por descuido a su enemigo y se alegra después de ello, o sea, asume el suceso conscientemente en su voluntad, evidentemente a pesar de ello responde sólo por homicidio imprudente y no doloso. Pues sólo puede hablarse de realización del plan cuando el plan existía antes de acometer la acción ejecutiva. Si antes de la muerte de la víctima a la que se ha herido imprudentemente el sujeto concibe el plan de no llamar a un médico y dejarla morir, entonces el dolo subsiguiente puede fundamentar un nuevo homicidio por omisión, pero no convertir la comisión imprudente en un hecho doloso. En los delitos de dos actos el dolo debe concurrir en ambas acciones ejecutivas y no puede formarse *a posteriori* en sólo una de ellas. Quien sustrae sus cosas a una persona que ha sido víctima de un atraco violento perpetrado por otro y que está atada comete sólo un hurto (§ 242) y no un robo (§ 249), aunque aproveche *a posteriori* la utilización de violencia para su plan y en esa medida la asuma en su voluntad. La jurispr. pretende hacer una excepción a lo anterior para el caso de la llamada coautoría sucesiva: cuando el sustractor aparece tras la utilización de violencia y hace entonces cosas en común con los autores del robo se le condenaría por robo (§ 249) en coautoría, porque se le habría de imputar la utilización dolosa de violencia por los coautores (BGH MDR 1969,

533). Pero no se puede compartir esta idea: la coautoría también es autoría propia y sólo puede alcanzar hasta donde alcance el propio dolo [137].

5. La adscripción o referencia del dolo al tipo y el *dolus alternativus*

Dado que el dolo se presenta como saber y querer la realización del tipo, **78** siempre ha de referirse a un tipo concreto y examinarse por separado para cada uno de ellos. Así, con la producción de un resultado (v.gr. una bofetada) el sujeto puede realizar dolosamente varios tipos (aquí: injurias, § 185, y lesiones, § 223). Asimismo concurren varias realizaciones típicas dolosas cuando alguien causa diferentes resultados con una acción, aunque sea con distintas formas de dolo. Si alguien se propone romper a pedradas el cristal de la ventana de su vecino y cuenta seriamente también con alcanzar al propio vecino en su habitación, entonces, si se producen estos resultados, se le ha de castigar tanto por daños dolosos como también por lesiones dolosas (con *dolus eventualis).* Si se produce sólo uno de los resultados (p.ej. el vecino no es alcanzado), en relación con el resultado no realizado sigue quedando subsistente en su caso la punibilidad por una tentativa dolosa (aquí del § 223 a). La propia pena se determina en todos estos casos conforme a los principios de la teoría jurídicopenal del concurso que se han de explicar más adelante (aquí: § 52).

Se discute el caso en que el sujeto se propone o cuenta con realizar bien **79** un tipo o bien otro ***(dolus alternativus*** [137a]). El primer grupo de casos de esta clase se produce cuando existen dudas con relevancia típica sobre el supuesto de hecho. Si alguien le quita la cartera de la chaqueta a la víctima de un accidente de circulación que está tendida inconsciente en el borde de la carretera, sin saber si la víctima está inconsciente o muerta, en el primer caso concurriría un hurto, y en el segundo una apropiación indebida; el sujeto cuenta con ambas posibilidades, por tanto posee tanto un dolo como el otro. Igualmente sucede cuando el sujeto no sabe exactamente si una cosa ajena de la que se apodera está perdida (en tal caso, apropiación indebida) o sólo puesta en otro lugar (en tal caso hurto). Si alguien no sabe si el pato sobre el que dispara en un coto de caza ajeno es salvaje o se ha escapado de un recinto privado, entonces posee dolo alternativo en relación con los §§ 292 [caza furtiva] y 246 [apropiación indebida]; si el cazador furtivo duda si el objeto divisado entre la maleza es una pieza de caza o un paseante, posee dolo del § 292 y de los §§ 211 [asesinato], 212 [homicidio], etc. El segundo grupo concierne al caso en que el sujeto duda si alcanzará a uno u otro objeto: apunta p.ej. a la pieza de caza, pero cuenta seriamente con que podría alcanzar a una persona que está al lado de ella.

---

[137] Los pormenores se examinarán en la coautoría, en el marco de la teoría de la participación (tomo II, § 25).
[137a] Monografía: M. Fischer, 1993.

80 Según una de las opiniones, en tales constelaciones hay que castigar por cada uno de los tipos alternativos, imputándose como delito consumado el tipo realizado y como tentativa de delito el no realizado; si ni siquiera se ha producido ningún resultado (el disparo en el ej. citado en el nm. 79 no alcanza ni a la pieza de caza ni a la persona), entonces existe una doble tentativa [138]. Se ha de compartir esta postura, pues los dolos alternativos pueden existir sin más uno junto al otro, cuando al menos uno de ellos aparece en forma de *dolus eventualis*. Sin duda la opinión contraria puede alegar a su favor que el sujeto siempre querría realizar sólo **un** tipo (del que únicamente ignoraría cuál va a ser), de modo que sería injusto castigarle más de una vez. Pero la propuesta de condenarle siempre sólo por el tipo realizado [139] no supone una solución, como lo demuestra el ejemplo del cazador furtivo del segundo grupo de casos: pues, cuando no se produce ninguno de los resultados, no está claro conforme a qué tipo se le debe castigar; y si se alcanza a la pieza de caza resultaría incomprensible que la tentativa de matar a una persona quedara impune sólo porque el sujeto además comete un delito consumado de caza furtiva. Más comprensible es la idea de castigar en cada caso sólo por el delito más grave [140]. Pero también resulta extraño que, cuando —en nuestro ejemplo— se alcanza a la pieza de caza a la que se apuntó primariamente, sólo haya de existir una tentativa de homicidio, pese a que innegablemente se propuso y se ejecutó un delito de caza furtiva. La injusticia que encerraría una agravación de la pena en caso de dolo alternativo se evita mediante el simple hecho de tomar la pena concreta de todos modos, en los presentes casos de unidad de hecho (concurso ideal), conforme al § 52 I, II, sólo de una norma, y concretamente de la que conmine con la pena más grave; no hay razón para prescindir además de la condena por normas penales para cuya infracción el sujeto ha emprendido acciones ejecutivas dolosas.

II. El error de tipo

Bibliografía: Heims, Die Tat als Gegenstand oder als Inhalt des Bewußtseins beim Vorsatz, MSchrKrim 13 (1922), 94; Martens, Der Irrtum uber Strafmilderungsgründe, 1928; Weiz, Die Arten des Irrtums, 1931; Arth. Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949; Niese, Zur Vorsatzauffassung des OHG in Strafsachen, SJZ 1950, 31;

[138] Así sobre todo Jescheck, AT[4], § 29 III 4; Welzel, StrafR[11], 72 [= PG, 1987, 105; N. del T.]; Jakobs, 1967, 147 ss.; idem, AT[2], 8/33; Remy, NJW 1958, 701; Sch/Sch/Cramer[24], § 15, nm. 90 s., donde se hace sin embargo una excepción para las formas alternativas de los delitos de apoderamiento (§§ 242/292; 246/292; 249/255).

[139] Así LK[8]-Mezger, 1958, § 59, coms. c, d, e.

[140] Nowakowski, JBl 1937, 467; Schneider, GA 1956, 259, 264; Lampe, NJW 1958, 332; LK[10]-Schroeder, § 16, nm. 106; Otto, AT[4], § 7 II 4 c. Esta concepción ha recibido un fuerte impulso en los últimos años a través de los trabajos de Joerden: ZStW 95 (1983), 565 (589 ss., con ulteriores referencias); Dyadische Fallsysteme, 1986, 60 ss.; JZ 1990, 298; de acuerdo con él Silva Sánchez, ZStW 101 (1989), 379 s. [= ADPCP 1984, 376 s.; N. del T.].

Schröder, Tatbestands- und Verbotsirrtum, MDR 1951, 387; Lang/Hinrichsen, Zur Problematik der Lehre von Tatbestands- und Verbotsirrtum, JR 1952, 184; Lindner, Zur Rechtsprechung über den Strafrechtsirrtum, NJW 1952, 854; Welzel, Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtums von Verbotsirrtum, MDR 1952, 584; Nowakowski, Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz, ZStW 65 (1953), 379; Schröder, Die Irrtumsrechtsprechung des BGH, ZStW 65 (1953), 178; v. Weber, Vom Subsumtionsirrtum, GA 1953, 161; Welzel, Irrtumsfragen im Steuerstrafrecht, NJW 1953, 486; Busch, Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, Mezger-FS, 1954, 165; Engisch, Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Mezger-FS, 1954, 127; Arm. Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; Welzel, Der Parteiverrat und die Irrtumslehre (Tatbestands-, Verbots- und Subsumtionsirrtum), JZ 1954, 276; Kreutzer, Zum Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, NJW 1955, 1307; Warda, Die Abgrezung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955; Hardwig, Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum, GA 1956, 369; Arm. Kaufmann, Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, JZ 1956, 353; Lange, Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre. Zugleich ein Beitrag zum Unrechtsbegriff bei den Zuwiderhandlungen, JZ 1956, 73; Engisch, Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, Rittler-FS, 1957, 165; Lange, Nur eine Ordnungswidrigkeit?, JZ 1957, 233; Kohlhaas, Der Irrtum über das Vorliegen oder Nichtvorliegen von persönlichen Strafausschließungsgründen, ZStW 70 (1958), 217; Kunert, Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, 1958; Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959 (^{2}1970) [= Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, trad. E. Bacigalupo, Buenos Aires, Depalma, 1979]; Schaffstein, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, OLG Celle-FS, 1961, 175; Arth. Kaufmann, Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962, ZStW 76 (1964), 543; Platzgummer, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage, 1964; Welzel, Vom Bleibenden und Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, Grünhut-Erinnerungsgabe, 1965, 173 (tb. como separata); Ambrosius, Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung, 1966; Roxin, Recens. de Platzgummer, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes (1964), ZStW 78 (1966), 248; Schmidhäuser, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, H. Mayer-FS, 1966, 317; Schewe, Bewußtsein und Vorsatz, 1967; Bockelmann, Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie, Radbruch-GS, 1968, 252; Küper, Zur irrigen Annahme von Strafmilderungsgründen, GA 1968, 321; Gschwind, Zur Kriminologie des Vorsatzes, Germann-FS, 1969, 59; Frisch, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat. Zugleich ein Beitrag zur Irrtumsproblematik im Strafzumessungsrecht, GA 1972, 321; Hall, Irrtum über Strafmilderungs- und Straferhöhungsgründe, Maurach-FS, 1972, 107; Schewe, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz. Strafrechtsdogmatische Aspekte des Willensproblems aus medizinisch-psychologischer Sicht, 1972; Wessels, Zur Problematik der Regelbeispiele für "schwere" und "besonders schwere Fälle", Maurach-FS, 1972, 295; Backmann, Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum, JuS 1972, 196, 326, 452, 649; 1973, 30, 299; 1974, 40; Baumann, Grenzfälle im Bereich des Verbotsirrtums, Welzel-FS, 1974, 533; Gössel, Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht, t. I, 1974; Krümpelmann, Motivation und Handlung im Affekt, Welzel-FS, 1974, 327; Stratenwerth, Unbewußte Finalität?, Welzel-Fs, 1974, 289; Sax, "Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung, JZ 1976, 9, 80, 429; Blei, Irrtumsprobleme, JA 1977, 413; Zipf, Dogmatische und kriminalpolitische Fragen bei § 243 Abs. 2 StGB, Dreher-FS, 1977, 389; Darnstädt, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, JuS 1978, 441; Krümpelmann, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, ZStW-Beiheft 1978, 6; Paeffgen, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97 b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979; Schroeder, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA 1979, 321; Warda, Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre, Jura 1979, 1, 71, 113, 286; Franke, Probleme beim Irrtum über Strafmilderungsgründe: § 16 II StGB, JuS 1980, 172; Haft, Der doppelte Irrtum im Strafrecht, JuS 1980, 430, 588, 659; Burkhardt, Rechtsirrtum und Wahndelikt, JZ 1981, 681; Haft, Grenzfälle des Irrtums über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, JA 1981, 281; Köhler, Vorsatzbegriff und Bewußtseinsform des Vorsatzes, GA 1981, 285; Maiwald, Zur deutschen Gesetzesregelung über den Irrtum, en: Jescheck (ed.), Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland und in Italien, 1981, 105; Hruschka, Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten be eindeutiger und bei mehrdeutiger Tatsachenfeststellung, JuS 1982, 317; Arth. Kaufmann, Die Parallel-

wertung in der Laiensphäre, 1982; Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983; Arm. Kaufmann, Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, Klug-FS, 1983, 277; Prittwitz, Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung, GA 1983, 110; Schlüchter, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, 1983; Wolter, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld?, Leferenz-FS, 1983, 545; Maiwald, Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984; Tischler, Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1984; Herzberg, Wegfall subjektiver Tatbestandsvoraussetzungen vor Vollendung der Tat, Oehler-FS, 1985, 163; Nierwetberg, Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum. Tatbestands- oder Verbotsirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?, Jura 1985, 238; Schlüchter, Grundfälle zum Bewertungsirrtum des Täters im Grenzbereich zwischen §§ 16 und 17 StGB, JuS 1985, 373, 527, 617; Schlüchter, Zur Irrtumslehre im Steuerstrafrecht, wistra 1985, 43, 94; Moojer, Die Diskrepanz zwischen Risikovorstellung und Risikoverwirklichung. Ein Beitrag zur Diskussion über Kausalabweichung und aberratio ictus, tes. doct. Berlin, 1986; Arth. Kaufmann, Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, Lackner-FS, 1987, 185; Kuhlen, Com. a OLG Düsseldorf, StrV 1986, 159, StrV 1987, 437; Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987; F. Meyer, Enthält der Tatbestand der Steuerhinterziehung ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, das jeglichen Verbotsirrtum ausschließt?, NStZ 1987, 500; Reiß, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei der Steuerhinterziehung, wistra 1987, 161; Steininger, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, JBl 1987, 205; Thomas, Die Steueranspruchstheorie und der Tatbestandsirrtum im Steuerstrafrecht, NStZ 1987, 260; Frisch, Vorsatz und Mitbewußtsein - Strukturen des Vorsatzes, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 311; Jakobs, Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, ZStW 101 (1989), 516; D. Geerds, Der vorsatzausschließende Irrtum, Jura 1990, 421; Hettinger, Der Irrtum im Bereich der äußeren Tatumstände, JuS 1990, L 35; 1991, L 9, L 25, L 33, L 49; Kindhäuser, Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum, GA 1990, 407; Otto, Der vorsatzausschließende Irrtum in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Meyer-GS, 1990, 583; Puppe, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA 1990, 145 [= Error de hecho, error de Derecho, error de subsunción, trad. de M. Cancio/G. Bruzzone, CPC 1992, 349]; Puppe, Recens. de Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum (1987), ZStW 102 (1990), 892; Laaths, Das Zeitgesetz gem. § 2 Abs. 4 StGB unter Berücksichtigung des Blankettgesetzes, tes. doct. Regensburg, 1991; Schild, Strafrechtsdogmatische Probleme der Tötung des Intimpartners, JA 1991, 48; Bachmann, Vorsatz und Rechtsirrtum im Allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht, 1993; Herzberg, Tatbestands- oder Verbotsirrtum, GA 1993, 439; Schild, Vorsatz als "sachgedankliches Mitbewußtsein", Stree/Wessels-FS, 1993, 241; Schlüchter, Zur Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, JuS 1993, 14; Warda, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Stree/Wessels-FS, 1993, 267.

1. Conocimiento y desconocimiento de circunstancias del hecho

81 El § 16 I 1 reza: "Quien en la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal no actúa dolosamente." Con ese "conocimiento", cuya falta excluye el dolo típico, se hace referencia al elemento intelectual del dolo. Al respecto ya sabemos que es suficiente para el conocimiento la representación de que el propio actuar conducirá **posiblemente** a la realización de un tipo. El conocimiento sólo falta por tanto cuando quien actúa no ha incluido en absoluto en su representación un elemento del tipo. Así pues, quien p.ej. no se da cuenta de que el supuesto espantapájaros sobre el que dispara es una persona no actúa con dolo. A quien en cambio duda de si tiene delante de sí una persona o un espantapájaros, pero se aventura (lo deja al azar) y dispara a pesar de todo, se le castiga por delito doloso según el § 212, si el objeto era una persona y resulta muerta. Por otro lado, el error

de tipo no presupone ninguna falsa suposición, sino que basta con la falta de la correcta representación. Quien seduce a una muchacha que aún no tiene dieciséis años cumplidos actúa por tanto sin el dolo requerido según el § 182 no sólo cuando ha supuesto erróneamente una edad situada por encima del límite de protección, sino ya incluso cuando no ha realizado reflexión de ninguna clase sobre la edad de la muchacha [141]; pues tampoco en este caso conoce una "circunstancia... que pertenece al tipo legal" (o sea la circunstancia de que la muchacha aún no tiene dieciséis años).

El Derecho penal conoce, junto al error de tipo tratado en el § 16, otros **82** errores diversos, que habrán de ser examinados más adelante en sus correspondientes contextos (cfr. también nm. 132 ss.). Aquí debe mencionarse sin embargo ya **un** error de diferente clase, pues su delimitación del error de tipo ha de esclarecerse desde un principio: el error de prohibición. Se regula en el § 17 y concierne a la situación en que el sujeto conoce todas las circunstancias del hecho y actúa por tanto dolosamente en el sentido del § 16, pero no obstante considera permitido (es decir no antijurídico) su hecho. Quien p.ej. graba la llamada telefónica de otro en una cinta magnetofónica sin consultar al interlocutor sabe que "registra en un soporte de sonido la palabra de otro no pronunciada públicamente", actúa por tanto dolosomente según el § 201 I n.° 1. Si en ese caso el sujeto cree que su comportamiento está permitido, se trata de un error de prohibición, que deja intacto el dolo y que únicamente en caso de ser invencible excluye la culpabilidad y con ello la punibilidad, pero que en otro caso conduce sólo a una atenuación facultativa de pena *. Se discute desde un punto de vista de política jurídica y se discutirá al tratar el error de prohibición si resulta justificado distinguir entre errores de tipo y de prohibición y anudarles consecuencias jurídicas muy diferentes. Por lo pronto aquí sólo importa retener la distinción legal como tal.

El error de tipo no afecta por tanto al conocimiento o desconocimiento de **83** la antijuridicidad, sino tan sólo al de las circunstancias del hecho. De ahí resultan dos problemas centrales: la delimitación entre error de tipo y error de prohibición (a continuación a); y la cuestión de cómo de intensa y clara debe haber sido una representación en la conciencia de quien actúa, para poder hablar de un "conocimiento" en el sentido del Derecho penal (a continuación b).

a) La delimitación entre error de tipo y de prohibición

La distinción ya familiar para nosotros entre circunstancias descriptivas y **84** normativas del hecho (más detenidamente § 10, nm. 57 ss.) despliega su mayor

[141] Warda, Jura 1979, 3.

* Efectivamente, el § 17 StGB prevé una atenuación *facultativa* de la pena en caso de error de prohibición vencible o evitable, frente a la atenuación *obligatoria* que para ese supuesto prevé el art. 14.3 CP español [N. del T.].

relevancia práctica sobre la faceta cognoscitiva del dolo: conocimiento significa percepción sensorial de las circunstancias descriptivas del hecho y comprensión intelectual de las normativas. Esta fórmula es relativamente fácil de manejar en los elementos descriptivos. Evidentemente falta el dolo de homicidio (§ 212) cuando alguien no ve que atropella a una persona en la oscuridad. Por supuesto no existe percepción sensorial en sentido estricto cuando p.ej. el sujeto ha colocado una bomba en cuya explosión ya no está presente en absoluto. A pesar de ello no falta por eso el dolo: basta por tanto ya con la representación de los sucesos y objetos perceptibles sensorialmente descritos en los respectivos tipos. En las circunstancias normativas del hecho el conocimiento presupone en cambio su comprensión intelectual. A quien no ha comprendido que la cosa que toma es propiedad de otro, sino que —por las razones que sea— se considera a sí mismo su propietario, le falta el conocimiento de la circunstancia del hecho "ajena" del § 242 y con ello el dolo, de modo que no puede ser castigado por hurto. Teniendo en cuenta el hecho de que muy raramente existen elementos puramente descriptivos y puramente normativos (cfr. § 10, nm. 59 ss.), ambas formas de conocimiento son ciertamente necesarias en la mayoría de las circunstancias del hecho, puesto que sus elementos descriptivos deben ser percibidos sensorialmente y sus contenidos normativos deben ser comprendidos. Así, v.gr. el dolo de la destrucción de documentos (§ 274 I n.° 1) presupone en primer lugar que el sujeto p.ej. se dé cuenta de que echa al horno un escrito junto con periódicos viejos; si tal es el caso, debe además haber comprendido que ese escrito no le pertenece y que estaba destinado a constituir una prueba en el tráfico jurídico. Sólo la conjunción de ambas cosas integra el dolo.

85 La comprensión intelectual que caractériza el dolo típico en los elementos normativos no significa una subsunción jurídica exacta en los conceptos empleados por la ley, sino que basta con que el contenido de significado social del suceso incriminado aludido (scil. el contenido) con esos conceptos se abra a la comprensión del sujeto. Se habla entonces de una "valoración paralela en la esfera del profano" [142]. Tal "valoración paralela" se corresponde por tanto con el conocimiento necesario para el dolo, porque objeto del dolo no son los conceptos jurídicos o la antijuridicidad de la acción, sino las "circunstancias del hecho", es decir, los hechos externos junto con su significado social [143]. Así pues, cuando alguien es acusado de daños (§ 303), porque ha sacado el aire de las ruedas de un coche que no le pertenece para retener a su propietario durante algunas horas, no puede discutir con éxito su dolo en relación con el

---

[142] Así la formulación, hoy empleada con carácter general, de Mezger, StrafR, [3]1949, 328 [= Tratado II, 1957, 148; N. del T.]. La locución de Welzel "enjuiciamiento paralelo en la conciencia del sujeto" (JZ 1954, 279; StrafR[11], 76 [= PG, 1987, 111; N. del T.]) indica sustancialmente lo mismo. Cfr. ahora desde perspectivas de Filosofía del lenguaje Arth. Kaufmann, 1982.

[143] Muy claramente Warda, Jura 1979, 72, 80.

elemento "dañar" con la fundamentación de que él siempre se había representado sólo como daño la agresión en la substancia de una cosa (como v.gr. el rajar las ruedas). Porque la jurispr. entiende por dañar cualquier menoscabo no irrelevante, aunque sea pasajero, de la utilidad de la cosa (BGHSt 13, 207). Este se ha dado aquí y ha sido conocido en toda su extensión por el sujeto desde su punto de vista de profano, de manera que hay que afirmar su dolo de dañar. El sujeto ha comprendido todo lo que constituye un daño: su suposición errónea de que únicamente una lesión de la substancia es un "daño" en el sentido de la ley es sólo un error sobre la definición del concepto "daño", pero no un desconocimiento de circunstancias que para el legislador valen como "daño". Se habla aquí de un error de subsunción. Un error de subsunción no excluye nunca el dolo típico. Puede sin embargo fundamentar un error de prohibición y ha de ser tratado entonces conforme al § 17, cuando el sujeto, debido a una falsa subsunción, no considera prohibida su conducta, sino que cree p.ej. que "travesuras" tales como dejar escapar el aire de las ruedas estarían toleradas por el legislador.

Los ejemplos de errores de subsunción son —también en la jurispr. [144]— **86**
legión. Pueden presentarse prácticamente en todos los elementos normativos, pues el profano casi nunca acierta con una subsunción jurídica exacta. Por ello se ha de prescindir aquí de la exposición casuística uno tras otro de los supuestos concretos ocurridos. Un ejemplo muy citado lo ofrece el concepto de documento (§ 267 *). Cuando un camarero constata mediante rayas en el posavasos de la cerveza cuántos "medios litros" ha bebido un cliente, al cliente que para ahorrarse dinero borra alguna de estas rayas (RG DStZ 1916, 77) no le falta el dolo de la falsedad documental por el hecho de que se haya representado como documento sólo un escrito formalizado. Pues según la jurispr. ya es documento toda declaración de pensamiento materializada mediante cualquier clase de signos, que haya de servir como prueba en el tráfico jurídico. Como el cliente sabía que el camarero quería constatar con fuerza probatoria con ayuda de las "rayas" la cantidad de consumiciones, había comprendido en una "valoración paralela" el sentido social del suceso y con ello todo lo que induce al juez a caracterizar las rayas como "documento"; puesto que el sujeto sabía también que borrar algunas rayas modificaba el contenido del conjunto de la declaración, hay que afirmar el dolo de la falsedad documental. Errores de subsunción semejantes los hay también en supuestos de elementos predominantemente descriptivos, como el de "cosa" (§ 303). Quien envenena a un perro ajeno y es acusado por ello de daños no puede por tanto exonerarse del

---

[144] Cfr. la recopilación en LK[10]-Schroeder, § 16. Una "casuística del error" panorámica ofrece tb. Kuhlen, 1987, 33-77, 520-567.

* Este parágrafo se refiere a la falsedad documental. En el StGB no se contiene definición alguna de documento, al contrario de lo que sucede en el art. 26 CP (definición que tampoco se encontraba en el CP 1944/1973) [N. del T.].

reproche (cargo) del hecho doloso mediante la explicación de que no había considerado "cosas" a los animales. Puesto que la ley trata a los animales, desde el punto de vista de la protección de la propiedad, según los preceptos vigentes para las cosas (§ 90 a BGB), que el Derecho civil entiende como "cosa" todo objeto material (§ 90 BGB) y que la materialidad del perro era conocida por el sujeto, éste ha aprehendido en su "esfera de profano" todo lo que caracteriza al concepto legal de cosa en su significado social, y eso basta para el dolo. La definición falsa del concepto de cosa es un error de subsunción irrelevante, que (del mismo modo que el error en el ejemplo anterior del documento) no fundamenta siquiera un error de prohibición, pues el sujeto difícilmente ha podido creer en el carácter permitido de su hecho.

87 Hay sin embargo casos en los que el contenido de sentido social no puede ser entendido sin una determinada calificación jurídica. Entonces la calificación jurídica acertada pertenece a la comprensión intelectual de la circunstancia del hecho de que se trate y es requisito del dolo. Así acontece en el elemento "ajena" (§§ 242, 246, 303). "Ajena" significa: que es propiedad (exclusiva o copropiedad) de otro. Si alguien, por mucho que sea debido a consideraciones jurídicas equivocadas, se toma a sí mismo por el propietario de la cosa (en realidad ajena) de la que se aprovecha para sí o daña, no puede ser castigado por hurto, apropiación indebida o daños; pues no ha entendido siquiera de modo social-profano que la cosa pertenece a otro. Cosa distinta sucede con el dolo cuando p.ej. un estudiante ha adquirido un libro conjuntamente con un compañero y, al dejar de vivir en la misma casa, se lo lleva para su uso exclusivo sin autorización del otro. Aquí existe un hurto frente al copropietario y el sujeto no puede discutir su dolo con la fundamentación de que había creído que sólo es "ajena" una cosa que es propiedad exclusiva de otro. Eso sería nuevamente un error de subsunción producido por una falsa definición; el estudiante sabía que la cosa no le pertenecía a él solo y con ello ha comprendido todo lo que ha inducido al legislador a caracterizar como "ajena" para él una cosa que es sólo copropiedad del sujeto. En cambio falta p.ej. el dolo del delito de favorecimiento personal o frustración de la pena (§ 258), cuando quien oculta a otro de la policía cree, aunque sea debido a una errónea interpretación del Derecho, que éste no es penalmente responsable; pues en tal caso el sujeto no parte, ni siquiera en su representación profana, de la idea de que su protegido debería ser castigado "con arreglo a la Ley penal".

88 No es correcto por tanto decir que las valoraciones jurídicas erróneas ("errores de Derecho") podrían ser siempre sólo errores de subsunción y, en su caso, de prohibición, sino que depende: cuando el sentido social de una circunstancia del hecho es comprensible y se comprende sin conocimiento del concepto jurídico que la caracteriza, las falsas interpretaciones jurídicas (subsunciones erróneas) dejan intacto el dolo. Cuando por el contrario una concepción jurídica equivocada vela al sujeto el sentido social de su actuación (cree que se

queda con una cosa propia en vez de una ajena, que protege a un inocente en vez de a un criminal), tal error excluye el dolo en relación con el elemento normativo en cuestión. El dolo por tanto, en el Derecho penal vigente, está concebido, desde la perspectiva del saber, como conocimiento del sentido social, no de la prohibición jurídica. Es esta idea la que sustenta la regulación diferenciada de los §§ 16, 17 (la separación de error de tipo y de prohibición) y a cuya justificación se habrá de volver al examinar el error de prohibición.

De lo anterior se deduce una ulterior consideración importante para la **89** delimitación del error de tipo que hay que tratar según el § 16 respecto del error de prohibición (§ 17): cuando un error concierne únicamente a la antijuridicidad de la acción típica, se trata de un error de prohibición aun cuando se refiera a una circunstancia del hecho que, bajo la apariencia de un elemento individual, incluya en sí el juicio de antijuridicidad como tal. Así sucede en los elementos de valoración global del hecho (cfr. más detenidamente § 10, nm. 45 ss.), como v.gr. el criterio de la "reprobabilidad" en el § 240 II. Quien p.ej. "amenaza a otro con denunciar un delito sexual" para "conseguir de éste la devolución de un préstamo, cuya concesión ha tenido lugar con independencia de la conducta punible" (BGHSt 5, 254, 258) se convierte en culpable de coacciones (§ 240 *); la amenaza con el "mal considerable" de la denuncia penal es "reprobable" en el sentido del § 240 II, porque el fin perseguido no guarda relación interna alguna con el medio amenazador empleado (BGHSt 5, 258). Si en tal caso el sujeto no valora su conducta como "reprobable", sino como adecuada, no se trata de un error excluyente del dolo sobre un elemento normativo ("reprobable"), sino de un error de prohibición. Pues el juicio sobre la reprobabilidad es idéntico al juicio legal sobre la antijuridicidad del hecho global; si se admitiera aquí un error de tipo, se estaría haciendo depender la decisión sobre la punibilidad exclusivamente de las valoraciones subjetivas, en su caso totalmente desacertadas, del propio sujeto, lo cual contradiría el carácter de ordenamiento objetivo del Derecho [145].

Otra cosa sucede en cambio si el error sobre la reprobabilidad afecta no a **90** la valoración global del hecho, sino a una circunstancia cuya concurrencia

* El delito de coacciones contenido en este § 240 StGB admite tanto la modalidad violenta como la intimidatoria, de modo distinto a lo que sucede en el delito de coacciones del art. 172, párrafo primero, CP español, que sólo puede cometerse mediante violencia. El ejemplo que propone Roxin (aunque sin referencia en ningún caso a la reprobabilidad o carácter reprobable en el Derecho español: en las coacciones se habla de "sin estar legítimamente autorizado", y en la realización arbitraria del propio derecho, de "actuando fuera de las vías legales") encajaría en la realización arbitraria del propio derecho, según la amplísima tipificación de este delito en el art. 455 CP (mucho más amplia que en el art. 337 CP 1944/1973), en el que caben la modalidad violenta, la intimidatoria e incluso la de empleo de fuerza en las cosas, no pudiendo detenernos aquí en las relaciones concursales de este delito con los de amenazas en el supuesto de empleo de intimidación [N. del T.].

[145] Respecto de los problemas de error en relación con elementos de valoración global del hecho, cfr. Roxin, 1959 ([2]1970), 132 ss., 154 ss. y *passim* [= Teoría del tipo penal, 1979, 209 ss., 243 ss. y *passim;* N. del T.].

haría aparecer la actuación del sujeto como no reprobable. A modo de ejemplo, la amenaza con el "mal considerable" de una demanda no es reprobable y por tanto no es punible como coacción cuando tiene lugar para la realización de un derecho o pretensión vencida o exigible. Si el sujeto que amenaza con una demanda cree (aunque sea debido a consideraciones jurídicas erróneas) poseer un derecho o pretensión vencida o exigible, se trata de un error excluyente del dolo sobre la reprobabilidad; pues el mismo afecta a un presupuesto del juicio de reprobabilidad y con ello al significado social de su actuación, y no sin embargo, como en el ejemplo anterior, inmediata y exclusivamente al propio juicio legal de antijuridicidad.

91 Pero también los principios desarrollados en el nm. 89 rigen sólo con la reserva de que el sujeto que yerra sobre la valoración global del hecho advierta al menos en su esfera de profano lo que ha determinado al legislador a su valoración. Quien exige el pago de un préstamo mediante la amenaza de descubrir un delito sexual sabe que influye de forma muy ruda en la libertad de actuación de la voluntad de su deudor. Por ello su opinión de que eso no es reprobable es un mero error de prohibición. Sin embargo en los casos en los que, para comprender el sentido social de la conducta, se ha de haber efectuado la valoración jurídica, tal valoración pertenece también al dolo aun cuando sea prácticamente idéntica al juicio de antijuridicidad. Así p.ej. el error sobre la existencia de una deuda tributaria excluye el dolo del delito de fraude fiscal [146]. Pues el dolo de quien —aunque sea debido a consideraciones jurídicas erróneas— cree no deber impuesto alguno no abarca siquiera al modo del profano aquel perjuicio al fisco que es propio del delito de fraude fiscal. De la misma manera el dolo del delito de infracción del deber de prestar alimentos o manutención (§ 170 b) presupone el conocimiento de la existencia del deber de alimentos y de la propia capacidad de prestación [147]. Pues quien —incluso a causa de concepciones jurídicas erróneas— no posee ese conocimiento no quiere, ni siquiera al modo del profano, disputar a nadie su derecho de alimentos. En estos casos se trata por tanto de elementos de valoración global del hecho no divisibles, que deben diferenciarse de los divisibles tratados en los nm. 89 s. Según BGH NStZ 1989, 475 [148], se hallaría en un error de tipo en relación con el § 145 c [violación de la prohibición de ejercer la profesión] incluso el abogado que atribuye equivocadamente eficacia supensiva al recurso interpuesto por él contra la prohibición de ejercer su profesión y que continúa por ello ejerciendo.

92 Por supuesto, el reconocimiento de la existencia de elementos de valoración global del hecho no divisibles conduce a que en tipos como el § 370 AO [delito

---

[146] Así tb. BGH NJW 1980, 1005; wistra 1986, 174; 1986, 220; 1989, 263; BayObLG MDR 1990, 655, y la op. dom. De otra opinión Maiwald 1984, quien invoca con razón mi anterior opinión (Roxin, 1959 [^{2}1970], 147 [= Teoría del tipo penal, 1979, 232 s.; N. del T.]); abandono esa opinión.

[147] Así tb. OLG Köln NJW 1981, 63 s.

[148] Con comentario discr. de Dölp.

de fraude fiscal] y el § 170 b sea difícilmente posible un error de prohibición [149], porque el conocimiento de la deuda tributaria o de la sujeción al deber de alimentos implica necesariamente el conocimiento de la antijuridicidad en aquel que no cumple sus obligaciones [150]. No obstante, la corrección general de la distinción entre error de tipo y de prohibición no depende de que la misma sea practicable en cada uno de los tipos, sino que, el rigor de la teoría de la culpabilidad se puede contrarrestar precisamente exigiendo para el dolo la realización de una valoración jurídica allí donde sin ella no puede alcanzarse tampoco un conocimiento profano del significado social de la propia conducta [151].

Según lo anterior está superada la doctrina, antiguamente defendida con **93**
frecuencia, de los "conceptos complejos" [152], según la cual debería bastar "para el dolo el conocimiento de los elementos constitutivos de un concepto jurídico utilizado por la ley, sin ser preciso que sea conocida su conjunción en el concepto (complejo)" [153]. Pues p.ej. para el dolo de hurto no basta con el conocimiento de las circunstancias de las que se deriva la ajenidad de la cosa, sino que el sujeto debe haber extraído de esas circunstancias también la consecuencia jurídica de que la misma pertenece en todo o en parte a otro. Lo mismo rige para la pretensión fiscal y de alimentos (nm. 91 s.). Hay sin embargo una parte de verdad en esta doctrina en el caso de los elementos de valoración global del hecho divisibles, en cuanto que en ellos el dolo debe abarcar solamente los elementos descriptivos y normativos constitutivos del juicio de antijuridicidad, pero no el juicio de antijuridicidad de ahí derivado como tal.

Especialmente difícil y discutida resulta la delimitación del error de tipo y **94**
el de prohibición en las leyes penales en blanco [154]. Estas son tipos que sólo contienen una norma sancionadora, pero que dejan sin embargo su integración a otras leyes, reglamentos o incluso actos administrativos. Se encuentran con mucha frecuencia en el Derecho penal especial o accesorio, pero no escasean tampoco en el StGB, p.ej. en el § 315 a I n.° 2, según el cual será castigado quien como conductor o piloto "infrinja los preceptos jurídicos del tráfico

---

[149] Ahí radicaba el fundamento de mi anterior suposición de que, tb. en tales tipos, sólo pertenecía al tipo el conocimiento de las circunstancias fundamentadoras del deber, no el del deber mismo; en contra, con razón, Kuhlen, 1987, 427 s. Cfr. tb. Bachmann, 1993.

[150] Un error de prohibición es a lo sumo concebible en la forma de que alguien se imagine una causa de justificación inexistente; pero incluso entonces difícilmente se puede decir que el sujeto ha querido eludir un deber tributario o de alimentos.

[151] Aquí radica tb. el origen de la concepción, tendencialmente correcta, intermedia entre la teoría de la culpabilidad y la del dolo, que exige para el dolo el conocimiento del carácter antisocial (o sea, del contenido de significado social del hecho); en este sentido últimamente con ulteriores referencias Arth. Kaufmann, Lackner-FS, 1987, 185, y Otto, Meyer-GS, 1990, 583; además Tischler, 1984.

[152] Cfr. Roxin, 1959 ([2]1970), 150 ss. [= Teoría del tipo penal, 1979, 237 ss.; N. del T.]; Kunert, 1958, 15 ss.; v. Weber, GA 1953, 161 ss.

[153] Frank, StGB, [18]1931, § 59, com. II, último inciso.

[154] Al respecto Warda, 1955, Laaths, 1991, 90 ss.

ferroviario, funicular, marítimo o aéreo" mediante una conducta gravemente contraria a deber y produzca con ello peligros concretos. BGHSt 6, 40, habla de una ley penal en blanco cuando el tipo y la conminación de pena "están separados de modo tal que la integración de la conminación de pena mediante el correspondiente supuesto de hecho se lleva a cabo independientemente por otra instancia y en otro momento".

95 En tales casos un error sobre la existencia de la norma integradora o la suposición de una causa de justificación inexistente es un error de prohibición, mientras que el error sobre circunstancias del hecho de la norma integradora excluye el dolo. Por tanto, si según el § 38 I BJagdG se castiga a quien "contravenga los preceptos sobre el tiempo de veda", se encuentra en error de prohibición quien caza durante todo el año porque desconoce la prohición de cazar durante el tiempo de veda; quien por el contrario se equivoca sobre la fecha o los límites temporales de la época de veda se encuentra en error de tipo (OLG Celle NJW 1954, 1618). Si el § 107 c castiga a "quien contraviene un precepto destinado a la protección del secreto del voto con la intención de obtener para sí o para otro conocimiento de qué ha votado alguien", entonces infringe dolosamente este precepto el presidente de una mesa electoral cuando hace marcar abiertas sus papeletas a los residentes en un asilo de ancianos, porque está interesado en cómo votan éstos y porque quiere ayudarles a rellenar correctamente las papeletas. Su suposición de que puede hacer eso es un error de prohibición [155]. Si por el contrario cree que los electores podrían rellenar su papeleta sin ser observados, cuando en realidad no es así, entonces se encuentra en error de tipo. Ahora bien, cuando la norma en blanco se integra mediante una disposición individual concreta, el desconocimiento de ésta es siempre un error de tipo, porque falta una prohibición con validez o vigencia general. Así, sólo responde penalmente conforme al § 19 WStG (incumplimiento de una orden militar) quien ha conocido la orden [156].

96 También la jurisprudencia sigue en lo esencial, en relación con el conocimiento de los elementos normativos, los principios desarrollados anteriormente [157], sin observarlos consecuentemente sin embargo en todos los casos. Así concurren p.ej. unas lesiones con medios o circunstancias peligrosos (§ 223 a) entre otros casos cuando se cometen "por medio de un tratamiento que pone en peligro la vida". Según BGHSt 19, 352 [158], para el dolo en relación con este elemento basta "el conocimiento de aquellas circunstancias de las que se deriva

---

[155] Cfr. respecto de este caso Kuhlen, 1987, 54 s., quien llega a un resultado distinto (pp. 540 s.).

[156] Al respecto Sch/Sch/Cramer[24], § 15, nm. 102. La delimitación aquí efectuada entre error de tipo y error de prohibición es sometida a una crítica discr. menos en el resultado al que llega que en la fundamentación por Herzberg, GA 1993, 439, 457 ss.

[157] BGHSt 3, 248 (255); 4, 347 (352), invocan expresamente la "valoración paralela en la esfera del profano", que es precisa para el "conocimiento" de circunstancias normativas del hecho.

[158] Igualmente BGH NStZ 1986, 166; NJW 1990, 3156.

el peligro para la vida", sin que el propio sujeto tenga que haber llegado a advertir que su acción es peligrosa para la vida. Esta tesis es un efecto tardío de la doctrina de los conceptos complejos (nm. 93) y a la misma no puede dársele la razón. Pues nadie puede comprender, tampoco "en la esfera del profano", la peligrosidad para la vida de su actuación, si no ha sido consciente de la amenaza para la existencia de la víctima. El argumento del BGH de "que de otro modo se trataría mejor al camorrista que da una paliza sin escrúpulos, que precisamente por su falta de escrúpulos no es en absoluto consciente del carácter peligroso de su conducta, que a aquel sujeto que está menos falto de escrúpulos y es menos desconsiderado y por ello se percata de la puesta en peligro de la vida" (BGHSt 19, 353 s.), se desvía de la cuestión. Pues naturalmente en el segundo caso al sujeto no se le castiga más duramente por su mayor "consideración", sino porque ha golpeado pese a conocer la peligrosidad para la vida. El querer poner en tela de juicio que tal sujeto procede de un modo "menos escrupuloso", más brutal y más digno de castigo que aquel que por negligencia o ligereza no se ha percatado de lo peligroso de su actuación significaría negar sin más el sentido de la delimitación entre dolo e imprudencia.

No se produce en cambio desviación alguna de la línea aquí seguida, cuando **97** la jurispr., en los delitos de funcionarios públicos, se conforma para el dolo en relación con la cualidad de funcionario (§ 11 I n.° 2) con el conocimiento de las circunstancias que fundamentan materialmente la cualidad de funcionario, sin exigir que el sujeto se cualifique a sí mismo como funcionario [159]; o cuando, en la deslealtad por traición a la parte del abogado que "sirve de manera contraria a deber... a ambas partes" (§ 356), exige para el dolo en relación con el elemento "de manera contraria a deber" solamente que el abogado sea consciente de las circunstancias materiales fundamentadoras de la contrariedad a deber (es decir de su actuación "en interés contrapuesto" de ambas partes), mientras que juzga error de prohibición la suposición de no actuar de manera contraria a deber, cuando se conoce la contraposición de intereses [160]. Pues en el primer caso concurre un mero error de subsunción, cuando alguien sabe que desempeña funciones de administración pública y sin embargo no se considera a sí mismo "funcionario público"; conoce entonces el contenido de significado social decisivo para el legislador de su puesto, careciendo de importancia su correcta denominación jurídicopenal [161]. Sin em-

---

[159] Así BGHSt 8, 321 ss., para el antiguo concepto de empleado público, que se corresponde con el actual concepto de funcionario público.

[160] Con matices en cuestiones de detalle: BGHSt 3, 400; 4, 80; 5, 301; 7, 17; 7, 261; 15, 332; 18, 192.

[161] Por eso no existe motivo alguno para excluir con carácter general del tipo o como objeto del dolo las propiedades del autor; así sin embargo Welzel, StrafR[11], 77 [= PG, 1987, 112; N. del T.]; Arm. Kaufmann, 1954, 149 ss. (en Klug-FS, 1983, 283 ss., Kaufmann ha admitido la crítica realizada por mí en Offene Tatbestände, 1959 ([2]1970), 66 ss. [= Teoría del tipo penal, 1979, 107 ss.; N. del T.], a su posición y ha adoptado la posición aquí propugnada); Frisch, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 326 ss.

bargo en el segundo caso el criterio de la "contrariedad a deber" en el § 356 es un elemento de valoración global del hecho divisible [162]. El puro error sobre la contrariedad a deber de la conducta propia es idéntico al error sobre la antijuridicidad y por tanto un error de prohibición. Concurre en cambio un error de tipo cuando el abogado desconoce circunstancias fundamentadoras de la contrariedad a deber, en cuanto que no se percata (por razones fácticas o jurídicas) de que sirve a intereses contrapuestos.

98 La delimitación anteriormente desarrollada se corresponde a grandes rasgos con la doc. dom. [163], pero es difícil [164] y discutida en sus pormenores, pues las exigencias de la valoración paralela no siempre son claras y los resultados dependen, de manera a veces no del todo plausible, de las contingencias de la formulación del tipo. Zipf [165] habla por eso del "problema menos resuelto actualmente de toda la teoría del error". Este estado de cosas ha conducido a esfuerzos intensificados de precisar la distinción o de situarla sobre una nueva base.

99 Darnstädt [166] distingue entre elementos descriptivos y normativos del tipo designando en el primer caso hechos "naturales" y en el segundo hechos "institucionales". Los hechos "naturales" pueden describirse "completamente por referencia a estados o propiedades físicas o psíquicas", mientras que los hechos "institucionales" "poseen al menos una propiedad atribuida socialmente" (como la relevancia probatoria en el documento). La valoración paralela, que fundamenta el dolo, consiste para Darnstädt en "que precisamente ha de conocerse la relevancia social como hecho". Esto es sin duda correcto, pero no ayuda a avanzar en la resolución de la cuestión de en qué medida ha de ser aprehendida por el conocimiento del sujeto la relevancia social (¿jurídica?) de una circunstancia.

100 Haft [167] distingue entre un error "referido al objeto", que excluye el dolo, y un error "referido al concepto", que se presenta como error de subsunción. Cuando p.ej. el ladrón de gallinas piensa que una gallina no es una cosa, eso es un error relativo al concepto. Por el contrario, se encuentra en un error referido al objeto según Haft quien considera propia, debido a consideraciones jurídicas erróneas, una cosa ajena y, en consecuencia, la destruye; pues este error "es comunicable de manera comprensible sin referirse al § 303 StGB".

---

[162] Más detenidamente Roxin, 1959 ([2]1970), 136 s. [= Teoría del tipo penal, 1979, 214 ss.; N. del T.].

[163] Una buena introducción ofrece Nierwetberg, Jura 1985, 238 ss.; una panorámica amplia proporciona D. Geerds, Jura 1990, 421 ss.

[164] Cfr. v.gr. la exposición con múltiples diferenciaciones de Jakobs, AT[2], 8/52 ss., que constata una "situación confusa" (8/53). Resulta instructiva sobre un caso en relación con el § 142 StGB OLG Düsseldorf StrV 1986, 159 (a favor del error de prohibición) con com. discr. de Kuhlen, StrV 1987, 437.

[165] Maurach/Zipf, AT/1[8], 37/48.

[166] Darnstädt, JuS 1978, 443.

[167] Haft, JA 1981, 284; el mismo, JuS 1980, 591; el mismo, AT[5], 254 ss.

La distinción adolece de ser difícilmente practicable en casos de error sobre contenidos de significado jurídico. ¿Por qué la suposición de que una gallina no es una cosa no ha de ser "comunicable de modo comprensible" sin referencia a los §§ 242 y 303 [168]?

Schlüchter [169] exige para el dolo una "visión teleológicamente reducida del supuesto". Para el dolo es necesario [170] que el sujeto haya "aprehendido el significado lesivo de su conducta". Ello regiría "tanto para los factores coincidentes con el bien jurídico como para los restrictivos de su protección". Si por el contrario el sujeto "ha tenido presentes los componentes relativos al bien jurídico", otros errores sólo podrían fundamentar en todo caso un error de prohibición. En los elementos de valoración global del hecho bastaría en cambio con el conocimiento de los hechos individuales. Esta concepción es útil en cuanto que la valoración paralela en la esfera del profano presupone ante todo que el sujeto haya advertido el significado lesivo para el bien jurídico de su conducta (p.ej. el menoscabo del tráfico probatorio en el § 267). Pero, como los "factores restrictivos" de la protección del bien jurídico también deben ser abarcados por el conocimiento del sujeto y en el fondo todos los elementos del tipo se refieren al bien jurídico protegido y a los límites de su protección, Schlüchter se queda materialmente en la teoría de la valoración paralela. Esta teoría tampoco aclara cómo de preciso ha de ser el conocimiento para que pueda ser considerado como aprehensión del "significado lesivo" y de los "factores restrictivos" [171]. 101

El intento más audaz de precisar de forma original "la distinción entre error excluyente del dolo y no excluyente del dolo" [172] lo emprende Kuhlen. El mismo se desliga por completo de la distinción de orientación sistemática entre error de tipo y error sobre la antijuridicidad, que ha dominado la discusión en la posguerra, y retorna a la antigua doctrina del Reichsgericht [173]. Según ésta, el "error de hecho" y el "error de Derecho extrapenal" son excluyentes del dolo, mientras que el "error de Derecho penal" es por regla general un error de subsunción irrelevante. La resurrección de la diferenciación entre error de Derecho extrapenal y penal se legitima con el "criterio de la estructura temporal" [174]. Cuando el Derecho penal remite a regulaciones extrapenales, se trata de "normaciones dinámicas", que, p.ej. en relación con la "ajenidad" de la cosa 102

[168] Cfr. además la crítica de Kuhlen, 1987, 356 ss.; Jakobs, AT², 8/57, n. 134 ("el concepto puede estar ya en el objeto"); Sch/Sch/Eser²⁴, § 22, nm. 88.

[169] Schlüchter, 1983; un resumen de orientación didáctica ofrece la autora en JuS 1985, 373 ss., 527 ss., 617 ss.

[170] Schlüchter, 1983, 116.

[171] Una crítica en profundidad en Kuhlen, 1987, 435 ss.

[172] Así el título del extenso escrito de habilitación de Kuhlen, 1987. Más detenidamente respecto de Kuhlen, Puppe, ZStW 102 (1990), 892.

[173] La "recuperación de la distinción del Reichsgericht entre error de Derecho penal y extrapenal" tiene algunos precursores en la lit. reciente, sobre todo Tischler, 1984 (cita en p. 353).

[174] Kuhlen, 1987, 370 ss.

(§§ 242, 246, 303), se fijan en las normas jurídicociviles sobre la propiedad correspondientes en cada caso. Pertenecen al ámbito previo "extrapenal", cuyo enjuiciamiento erróneo excluye el dolo. En cambio, v.gr. el concepto de "reprobabilidad" del § 240 II caracteriza una normación "estática" intrapenal, cuyo desconocimiento puede fundamentar a lo sumo un error de prohibición.

103 En realidad esta distinción llega a resultados muy similares a los alcanzados aquí con la "valoración paralela" [175]. Pues por regla general son precisamente las valoraciones extrapenales a que se refiere la ley penal las que hay que conocer cuando se quiere llevar a cabo el juicio legal al modo del profano, mientras que carece de importancia la subsunción jurídicopenal exacta y el error "jurídicopenal" acaso deslizado en ella.

104 Sin embargo, el retorno al RG vuelve a suscitar nuevos problemas. Cuando alguien hace que otro se libre de un castigo penal (§ 258), pero cree, como consecuencia de una equivocada valoración jurídica, que éste sólo ha cometido una contravención *, tal error habrá de contemplarse como excluyente del dolo, porque el sujeto no se ha percatado siquiera al modo del profano del carácter delictivo del hecho previo, decisivo para la valoración legal. Esto también lo admite Kuhlen [176]; pero no se ve claramente sin más por qué un mero desconocimiento de la punibilidad ** haya de fundamentar un error de Derecho extrapenal. En el fondo Kuhlen, abandonando el sentido literal normal de la distinción, atiende exclusivamente a que se trata de una remisión dinámica "a las leyes penales vigentes en el respectivo momento de la acción". Pero también la delimitación de remisiones estáticas, que producirían errores penales, y dinámicas, que producirían errores extrapenales, plantea nuevas cuestiones. Así, en el ejemplo académico de quien estima que un perro no es una cosa, Kuhlen sólo puede llegar a apreciar un error de prohibición irrelevante [177] calificando el concepto de cosa de concepto penal y en consecuencia su desconocimiento de error de Derecho penal. Pero sería igualmente posible

---

[175] Prescindiendo de las leyes penales en blanco, cuyo desconocimiento debe ser contemplado según esta doctrina siempre como error de Derecho extrapenal, como ya había sostenido el RG.

* Las contravenciones *(Ordnungswidrigkeiten)* constituyen una figura a medio camino entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, regidas por su propia ley (OWiG), que carece de correlato exacto en el Derecho español, pues no puede identificarse ni con las faltas penales ni con las meras infracciones administrativas [N. del T.].

[176] Kuhlen, 1987, 566 s.

** Punibilidad ("Strafbarkeit") ha de entenderse aquí como carácter punible o penal o, si se quiere, carácter de penalmente prohibido o tipificado, de sometido a pena, de delito, en definitiva (del hecho previo), y no como descriptor de la categoría "punibilidad" que algunos consideran parte de la estructura del delito junto a la acción, el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad (en el esquema cuatripartito clásico o con las variaciones de estos elementos que corresponda). En cualquier caso, esta terminología, muy extendida en materia de error de prohibición (y que se mantiene en la traducción por fidelidad al original), es confusa y, en esa materia, sería preferible hablar de error sobre la prohibición penal y no de error de o sobre la punibilidad.

[177] Kuhlen, 1987, 528 ss.

sostener aquí (como en el concepto de ajenidad) la existencia de una remisión dinámica al Derecho civil (§ 90 a BGB). Y ¿el enjuiciamiento del error debe depender entonces de si se admite ésta o aquélla? Habrá que esperar el ulterior desarrollo de la discusión [178].

También Puppe [179] considera la distinción del Reichsgericht en principio 105
acertada, pero critica la "desafortunada terminología". El sujeto, para actuar dolosamente, se debería representar "el sentido del tipo, no necesariamente su tenor literal" [180]. En los llamados elementos normativos se exigiría el simple "conocimiento de hechos jurídicos" [181]. La doctrina de la valoración paralela oscurecería esta situación, en cuanto que daría la impresión "de que no se trata aquí de conocimientos, sino de un acto de valoración". El error de subsunción no modifica, en cuanto cuasi "error de Derecho penal", por tanto en nada el conocimiento del sentido del tipo y por eso no excluye el dolo. Es posible que ello se corresponda aproximadamente con la concepción expuesta *supra*, máxime porque Puppe trata el error sobre elementos de valoración global del hecho [182] en el sentido de la diferenciación aquí propuesta. También contempla correctamente "los predicados de valor fundamentadores de la punibilidad" [183] (como burla injuriosa, ultrajar, cruelmente, alevosamente) como de valoración global del hecho, de modo que no es preciso que el sujeto conozca el componente valorativo de estos conceptos.

b) La precisión de la conciencia en el "conocimiento" de las circunstancias del hecho

Si por consiguiente concebimos el "conocimiento" de los elementos del tipo 106
como percepción de sus elementos descriptivos y comprensión de sus elementos normativos, se suscita la ulterior cuestión de con cuánta precisión han de haber aparecido estos elementos ante la mirada física o intelectual del sujeto para poder hablar de un "conocimiento" y por tanto de actuación dolosa. Al respecto hay que descartar de entrada las posiciones extremas. Por un lado no se puede exigir que el sujeto realice reflexiones conscientes sobre cada uno de los elementos (o sea, p.ej. "cosa", "mueble", "ajena" en el § 242), que "piense en ello" expresamente. Una concepción tan sumamente racionalista que confunde el dolo con la "reflexión", que la ley exigía para el asesinato hasta 1941 (cfr. § 4, nm. 13, § 6, nm. 11) [184], contradiría todos los conocimientos de la

---

[178] Acerca de otras propuestas de delimitación en tiempos recientes más detenidamente (y crít.) Kuhlen, 1987, 452 ss.

[179] Puppe, GA 1990, 154 ss., 180 [= CPC 1992, 360 ss., 390; N. del T.]; la posición contraria la desarrolla Kindhäuser, GA 1990, 407, con su distinción entre error de hecho y de Derecho.

[180] Puppe, GA 1990, 153 [= CPC 1992, 358; N. del T.].

[181] Puppe, GA 1990, 157 [= CPC 1992, 364; N. del T.].

[182] Puppe, GA 1990, 170 ss. [= CPC 1992, 379 ss.; N. del T.]

[183] Puppe, GA 1990, 181, 172 [= CPC 1992, 391 s., 381 s.; N. del T.].

[184] Bockelmann, Radbruch-FS, 1968, 254.

Psicología, en cuya virtud la actuación de las personas está guiada de manera absolutamente predominante no por premeditación ponderadora, sino por instintos y emociones [185]; ello rigue en el ámbito de la conducta criminal aún más que en otros. Por otro lado hoy es indiscutido que no basta para el dolo con una conciencia solamente potencial. Cuando se comunica antes de la cacería a un cazador que un montero está en determinado puesto, pero aquél lo olvida en el calor de la cacería y mata de modo inconsciente *in actu* de un disparo a la persona apostada en el punto determinado, se trata de un homicidio imprudente y no doloso [186]. Se exige para el dolo todavía demasiado poco, cuando se considera suficiente una "conciencia marginal" en el sentido de un "aviso del sentimiento" [187]. Pues también quien actúa con imprudencia consciente puede tener tales avisos de sentimiento; si los deja de lado y confía en una salida airosa, eso todavía no es dolo.

107 Hoy se admite mayoritariamente una concepción situada entre los extremos. Según ella el dolo abarca también aquellas circunstancias en las que el sujeto no piensa expresamente, pero de las que es "coconsciente". Esta "coconciencia", a cuyo análisis ha rendido grandes servicios especialmente Platzgummer [188] aprovechando investigaciones de la Psicología de la asociación [189], consiste "en una conciencia a la que en efecto no se presta atención explícitamente, pero que es coconocida con otro contenido de conciencia al que se presta atención y a la que necesariamente ha de prestarse a la vez atención de modo implícito". Lo coconocido puede por tanto ser también "coquerido" [190]. Esto rige en primer lugar para el componente de significado de los elementos perceptibles sensorialmente, poseyendo por tanto gran relevancia para el dolo en los elementos normativos. Quien en unos grandes almacenes se apodera de una cosa apetecida es consciente de modo actual, sin ningún tipo de reflexión consciente, de su ajenidad; y quien se lleva un crucifijo del altar necesariamente tiene conciencia de hurtar "de una iglesia" (§ 243 I n.º 4), porque el complejo mental "iglesia" está ligado de manera indisoluble a la percepción de crucifijo y altar. Junto a esta "coconsciencia condicionada por la percepción" [191], el "conocimiento concomitante permanente" es una segunda forma de coconsciencia que tiene importancia especialmente para las cualificaciones exigidas por la ley en el autor. Cuando un médico o un abogado divulgan un secreto a ellos confiado (§ 203), con frecuencia no reflexionarán explícitamente sobre que son médico o abogado. A pesar de ello tienen dolo

---

[185] Cfr. al respecto especialmente Schewe, 1972, 85 ss.
[186] Cfr. Platzgummer, 1964, 4.
[187] Así LK[8]-Mezger, 1957, § 59, com. II 9.
[188] Platzgummer, 1964, 4.
[189] Particularmente siguiendo al psicólogo vienés Rohracher.
[190] Platzgummer, 1964, 83.
[191] Roxin, ZStW 78 (1966), 254.

respecto de estas características, porque el saber que se revelan informaciones confidenciales de la esfera profesional propia implica la conciencia de ser médico o abogado [192].

Schmidhäuser ha llegado a resultados muy similares a partir de investigaciones de Psicología del lenguaje [193], en cuanto que distingue una conciencia "material-conceptual" de una conciencia "lingüístico-conceptual", considerando la primera suficiente para el dolo. No es necesario por tanto que el sujeto piense en las circunstancias del hecho con formulaciones lingüísticas ("esta cosa es ajena"; "yo hurto de una iglesia"; "ahora actúo como médico", etc.), sino que basta con que se percate de ellas de modo material-conceptual (en el pensamiento material). A este respecto "pensamiento o conceptuación material" significaría "la relación con las cosas mismas significativa libre de lenguaje... sobre la base de por decirlo así un recuerdo gráfico, que ha asumido en el ámbito del pensamiento sin lenguaje las cosas experimentadas originalmente mediante el lenguaje" [194]. 108

Las posibilidades de aproximarse al problema del conocimiento con la ayuda de otros planteamientos psicológicos [195] o incluso de una construcción conceptual específicamente jurídica apartada de toda psicología [196] no se agotan en absoluto con lo anterior. Pero todas las doctrinas coinciden en la consideración de que hay una conciencia implícita y de que la misma satisface las exigencias que se imponen al "conocimiento" en el marco del concepto de dolo. Ahí radica un progreso del conocimiento que puede guiarnos entre el 109

---

[192] Por tanto tampoco desde esta perspectiva existe razón alguna para segregar del tipo las características del autor y no aplicar a las mismas el § 16; cfr. n. 161. Frisch, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 327, admite la concurrencia por lo general de coconsciencia en relación con la cualificación especial del autor, pero no la contempla como "la fundamentación... decisiva para la apreciación de dolo".

[193] Schmidhäuser, H. Mayer-FS, 1966, 317 ss.

[194] Schmidhäuser, H. Mayer-FS, 1966, 326. Desde luego la formulación no es del todo correcta en cuanto que no existe un pensamiento sin lenguaje en el sentido estricto de la palabra (Arth. Kaufmann, 1982, 30 s.). Se trata sin embargo de un pensamiento en lenguaje abreviado, en el que una señal lingüística evoca complejos significativos completos. Similar a Schmidhäuser, Jakobs, AT², 8/12: "Es irrenunciable de *lege lata* una representación actual al menos gráfica (no conceptual)."

[195] Así, desde una concepción de la teoría de la forma (de la *Gestalt*), Schewe, 1967, se vuelve contra el pensamiento "atomizador" en el Derecho penal, que le reprocha sobre todo a Platzgummer, y estima que no es necesaria "la atención expresa a todas las circunstancias individuales del hecho..., cuando las circunstancias del hecho sólo pueden ser vividas o experimentadas dentro del todo situacional de tal modo que se aprehenda con acierto 'fisionómicamente' la configuración típica" (p. 55); sin embargo en definitiva la aprehensión de esa totalidad típica se correspondería con la coconsciencia "material-conceptual". Tb. Schild, Stree/Wessels-FS, 1993, 260, quien critica todos los intentos "psicológicos" de solución, constata que los resultados de Platzgummer, Schewe y Schmidhäuser coinciden.

[196] Así Bockelmann, Radbruch-GS, 1968, 252 ss., partiendo de la premisa de que el Derecho penal elabora sus conceptos según sus propios fines, afirma que el sujeto tiene un "conocimiento suficiente de las circunstancias objetivas del hecho... cuando lo que sabe, conoce o prevé sería conocimiento actual en cuanto lo hiciera objeto de la reflexión" (p. 255). Con ello no se estaría tampoco opinando nada distinto a Platzgummer y Schmidhäuser, a los que no hace referencia Bockelmann.

Escila de la exigencia de reflexión y el Caribdis de una restricción a la voluntad sólo potencial.

110 Una vía totalmente propia sigue por contra Frisch [197], quien rechaza la doctrina de la coconsciencia y pretende "una solución normativa de la problemática material" [198]: "No se ha de concebir el dolo como una conciencia referida por igual a los distintos elementos, sino que lo decisivo es que el autor haya aprehendido una determinada relación de sentido, pues ya en esa situación se espera la inhibición y el emprendimiento de una determinada acción representa una decisión contra el bien - por más que el sujeto no muestre en absoluto contenidos de conciencia en relación a determinados elementos (excluyentes) o sólo posea el saber siempre disponible respecto de determinados otros (que sirven para precisar)" [199]. En concreto pretende diferenciar: junto a un "ámbito de elementos típicos que sería hasta cierto punto 'resistente a la relativización'" [200] y un grupo de elementos respecto de los cuales "no sería preciso en absoluto un contenido de conciencia especial" [201], correspondería "realmente significación normativa... al sustrato, clasificado como conciencia por la doctrina de la coconciencia, de la disponibilidad habitual de determinados contenidos sólo en el ámbito de los elementos que sirven para completar la conducta prohibida en que se basa el concreto tipo" [202].

111 Es cierto que el reconocimiento de la coconsciencia irreflexiva entraña el peligro de ampliar demasiado el dolo a costa de la imprudencia [203]. Cuando p.ej. Platzgummer [204] opina: "Todo lo que es conocido del objeto por experiencias previas automáticamente 'se siente dentro de él'" y extrae de ahí la consecuencia de que en el abuso sexual de niños ya se poseería el dolo en relación con la edad legal de protección ("menores de catorce años") cuando anteriormente se hubiera tenido conocimiento de la edad, sin que sea necesario que se dedique un pensamiento a ello durante el hecho, se está yendo demasiado lejos [205]. No cualquier información que se ha recibido anteriormente sobre una persona o una cosa se liga en adelante "automáticamente" a su visión, sino que ha de haberse alcanzado además un considerable grado de interiorización, que sólo el tribunal ha de constatar. No es p.ej. evidente que un suboficial que en una pelea en la cantina golpea a un cabo de otra unidad, del que es amigo en la vida privada [206], posea en forma de "coconsciencia" el dolo de maltratar a un "subordinado" (§ 30 WStG). Esta apreciación es efectivamente lógica; pero si una discusión entre amigos íntimos se vive como un asunto personal alejado de toda trascendencia respecto del servicio, puede que haya que negar también la coconsciencia necesaria. La

[197] Frisch, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 311 ss.
[198] Frisch, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 342.
[199] Frisch, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 346 s.
[200] Frisch, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 342.
[201] Frisch, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 344.
[202] Frisch, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 344 s.
[203] Contra ello previene con razón Köhler, GA 1981, 290.
[204] Platzgummer, 1964, 84.
[205] Así ya Roxin, ZStW 78 (1966), 255; exhaustivamente Köhler, GA 1981, 290; críticamente tb. Jakobs, AT^2, 8/12. Frisch, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 332, considera ya por principio que "la apreciación, que fácilmente cae en la ficción, de una conciencia 'diluida' en relación con la edad" no es "lo decisivo".
[206] BayObLG NJW 1977, 1974, donde se afirma sin más el dolo aplicando la doctrina de la coconsciencia "material-conceptual".

coconsciencia debe fundamentarse por tanto en los casos dudosos a partir del contexto de la situación concreta. Puede inducir a error adjudicar al conocimiento y con ello al dolo, a través del concepto auxiliar de la coconsciencia, todo lo que un sujeto ha experimentado alguna vez en cuanto a "significados" y por eso sabe "de modo latente" [207].

Se plantean problemas especiales en los hechos realizados en estado pasional, que ya causan algunas dificultades en el ámbito de la acción (más detenidamente § 8, nm. 62). Se aduce con frecuencia por parte de la Psiquiatría que en tales casos falta la "conciencia" de las circunstancias del hecho durante la concreta ejecución de la acción [208]; a veces los sujetos que actúan por impulsos pasionales no pueden acordarse de nada después del hecho. Por otro lado se aprecia fácilmente que tal conducta no posee similitud con la acción imprudente como desacierto descuidado, sino que está plenamente dirigida a un fin [209]. Quien mata a alguien de un disparo bajo la influencia de un estado pasional intenso no lo hace por una casualidad ciega, sino mediante series de movimientos completamente dirigidos. Schewe ha extraído de ahí la conclusión de que el control inconsciente puede ser suficiente para el dolo [210]; tal "dolo sin conciencia del tipo" [211] difícilmente podría ser compatible con el § 16. Sin embargo esta apreciación se basa en un concepto de conciencia demasiado estrecho [212]. Un dolo o pro-posición * en el sentido de premeditación cuidadosa, una ejecución de un plan como realización de una elaboración intelectual no son necesarios para la conciencia y por tanto para el "conocimiento", tal y como lo entiende el § 16. El que decisión y realización coincidan ampliamente no impide una realización del plan [213]. Basta la aprehensión de las circunstancias "de un vistazo" (BGHSt 6, 121; 6, 331; 23, 121), cuestión ésta en la cual se puede sacar provecho de los conocimientos sobre la coconsciencia material-conceptual. A ésta pertenece únicamente "una coexperimentación atenta, 112

---

[207] Así tb. Köhler, GA 1981, 290, respecto del ejemplo concreto loc. cit. 296 ss. Frisch, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 329 ss., rechaza aquí tb. de antemano una fundamentación del dolo a través de la coconsciencia.

[208] Tb. el BGH (E 11, 18, 23) opina que, en casos excepcionales, podría producirse una completa "falta de conciencia de sí mismo en el sentido de un saber intelectual sobre el propio ser del sujeto y sus relaciones con el entorno" (similar BGHSt 6, 329, 332).

[209] Cfr. al respecto sobre todo Schewe, 1972, 107 s.

[210] Schewe, 1972, 101 ss.

[211] Stratenwerth, Welzel-FS, 1974, 304.

[212] Krümpelmann, Welzel-FS, 1974, 337 s.

* Roxin escribe aquí "Vor-Satz", descomponiendo los elementos de la palabra "Vorsatz", que normalmente traducimos por dolo. Sin embargo, creo difícil encontrar una expresión en castellano que traduzca a la vez los dos elementos de la palabra alemana y aluda claramente al dolo; por ello he optado por la utilización de las dos expresiones: dolo y (por aproximación) pro-posición (o pro-pósito, aunque esta expresión también se utiliza para designar una forma concreta de dolo; vid. N. del T. al final del nm. 52) [N. del T.].

[213] Cfr. tb. Stratenwerth, Welzel-FS, 1974, 305, y Frisch, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 326; asimismo BGHSt 2, 61; 6, 121, 331; 23, 121.

no necesariamente reflexiva" [214], que domina la dirección de la acción. Esta se da sin embargo en el sujeto que actúa por impulsos pasionales: el mismo ve a la víctima, ve su arma, y quiere y ve lo que hace con ella; si no no tendría éxito el homicidio [215]. El estado pasional no excluye por tanto la conciencia, pero sí en su caso su posibilidad de control y a menudo también el recuerdo posterior del suceso; por eso la mayor parte de las veces no es un problema de dolo, sino de imputabilidad o capacidad de culpabilidad [216] y que se ha de tratar más detenidamente en el seno de ésta (cfr. *infra* § 20, nm. 13 ss.). No obstante, el alto grado de excitación del sujeto provoca con relativa frecuencia una restricción de la conciencia: "El sujeto no ve nada más allá del fin y los medios; echa mano de éstos para alcanzar aquél" [217]. Respecto de otras circunstancias del hecho (p.ej. de los elementos del asesinato) puede faltar en tales situaciones realmente todo tipo de conciencia, y en esa medida está excluido entonces también el dolo (igualmente BGHSt 6, 332; 11, 144) [218].

113 También en las acciones automatizadas (más detenidamente § 8, nm. 60 s.) se discute con frecuencia la conciencia y el dolo en relación con las series de movimientos ejecutados sin reflexión (p.ej. los procesos de cambio de marchas en la conducción de automóviles) [219]. Aquí habrá que fijarse en si el fin de la acción es abarcado por la conciencia del sujeto. Cuando el tirador experto quiere matar a otro de un disparo, el dolo no se verá afectado por el hecho de que apuntar, encarar y disparar el revólver tengan lugar *quasi uno actu* mediante movimientos automatizados. En cambio, cuando el conductor de un automóvil desencadena, como consecuencia de una situación de shock, acciones automáticas que conducen a un accidente (cfr. el ej. en el § 8, nm. 61), entonces no hay dolo, porque el resultado no fue abarcado por el conocimiento del sujeto. Si se parte por tanto de la sencilla idea de que el dolo requiere la conciencia de las circunstancias del hecho (pero no de cada uno de los movimientos), se llegará en general a resultados materialmente justos.

2. El objeto del dolo típico. Aplicación inmediata y analógica del § 16

a) Las circunstancias del tipo legal según el § 16 I

114 Sólo pueden ser objeto del dolo típico las circunstancias que pertenecen al tipo objetivo, y no además las circunstancias subjetivas del hecho. Para co-

[214] Krümpelmann, Welzel-FS, 1974, 338.

[215] Tb. Welzel califica la apreciación de la exclusión de la conciencia de "exageración del hecho de la restricción de la conciencia en el estado intensa o altamente pasional: uno sólo ve turbias las cosas, ¡pero ve!" (Grünhut-Erinnerungsgabe, 1965, 188, com. 45). Tb. en el ejemplo del "mordisco en el pecho", que se examinó más arriba en el marco de la doctrina de la acción (§ 8, nm. 62), hay que afirmar por tanto el dolo.

[216] Coincidente en ello Schewe, 1972, 107.

[217] Krümpelmann, Welzel-FS, 1974, 336; tb. en este sentido Ambrosius, 1966, 73.

[218] Cfr. sobre todo ello tb. LK[10]-Schroeder, § 16, nm. 107 ss.; Schild, JA 1991, 48 ss.

[219] Cfr. sobre el estado de opinión, LK[10]-Schroeder, § 16, nm. 110.

meter un delito doloso de daños (§ 303), es necesario que el sujeto sepa que "daña o destruye" y quiera "dañar o destruir una cosa ajena", sin que el dolo haya de referirse además a sí mismo. Tampoco otras circunstancias subjetivas del hecho, como p.ej. el ánimo o intención de apropiación antijurídica, pueden ser razonablemente objeto del dolo [220]; el legislador no exige para la punición del hurto el dolo de tener ánimo o intención de apropiación, sino únicamente este mismo ánimo o intención. De ahí se deduce que el "tipo legal" en el sentido del § 16 I no es idéntico al tipo en el sentido del sistema del Derecho penal; mientras que el tipo sistemático contiene una pluralidad de elementos subjetivos (más detenidamente § 10, nm. 61 ss.), el § 16 afecta sólo al tipo para el error, es decir a las circunstancias que pueden ser objeto de un error de tipo (acerca de la distinción entre tipo sistemático y tipo para el error cfr. ya § 10, nm. 1-6).

Pero por lo demás el dolo típico debe abarcar todas las circunstancias que **115** constituyen el tipo también como categoría sistemática [221]; o sea, la acción y sus modalidades, el resultado, las cualidades del autor y los presupuestos materiales relevantes para la imputación (acerca del último punto, más detenidamente nm. 138). Estas circunstancias pueden ser también subjetivas, cuando se encuentran en la psique de una persona distinta al sujeto, p.ej. el error del engañado en la estafa (§ 263). El dolo se dirigirá por lo general a circunstancias de tipo descriptivo o normativo existentes o por producirse. Puede sin embargo estar dirigido también, cuando al tipo pertenecen circunstancias negativas, a la no concurrencia de algo; así, un fraude electoral doloso del § 107 a presupone que el sujeto sea consciente de votar "sin derecho a voto", y sólo puede cometer una usurpación dolosa de funciones públicas (§ 132) quien sabe que **no** es titular del cargo público desempeñado (cfr. más detenidamente § 10, nm. 30 ss.).

Se puede decir resumidamente que objeto del dolo típico son todas las circunstancias del **116** tipo objetivo a partir de los cuales se construye la figura de delito. Al respecto es indiferente que estas circunstancias se deriven inmediatamente del tenor literal del tipo o de una interpretación restrictiva o reducción teleológica. Cuando p.ej. determinados menoscabos insignificantes no encajan en un tipo, pese a que podrían ser subsumidos en él según su tenor literal (cfr. § 10, nm. 40), la suposición errónea de la insignificancia es un error de tipo. Por contra Sax, sobre la base de la doctrina del tipo por él desarrollada (acerca de ella § 10, nm. 29), pretende incluir en el § 16 I como excluyente del dolo sólo el error sobre los elementos de la descripción legal de la conducta, en tanto que un "error sobre el menoscabo merecedor de pena del fin de protección de la norma", aunque se trata también de un error de tipo, ha de ser tratado como error de prohibición según el § 17 [222]. Sin embargo, ello ha de rechazarse. El error sobre circunstancias que determinan el tipo de injusto debe ser tratado siempre de

---

[220] De otra opinión al respecto Engisch, Mezger-FS, 1954, 133: "Se puede ser consciente tb. de circunstancias y procesos internos y acogerlos en la voluntad." Esto es correcto; sólo que de ahí no se deriva que el legislador lo exija.

[221] Acerca de la concepción parcialmente discr. de Frisch, 1983, cfr. más arriba nm. 49 ss.

[222] Sax, JZ 1976, 429 ss.

igual modo, porque cualquiera de estos errores oculta al sujeto en igual medida el sentido social de su conducta [223].

117 Si el sujeto yerra sobre circunstancias que pertenecen al tipo legal, no hay dolo (§ 16 I 1) y sólo puede plantearse ya la punibilidad por delito imprudente (§ 16 I 2), siempre y cuando ésta esté conminada con pena en el delito de que se trate [224]. En el error sobre elementos cualificantes se mantiene sin embargo la punibilidad por la realización dolosa del tipo básico: Si p.ej. el coautor de un hurto no sabe que un compinche porta un arma, está entonces excluido su dolo respecto del § 244 I n.º 1; pero sigue siendo responsable penalmente como autor de un hurto doloso del § 242.

118 Un problema específico lo constituye el llamado doble error de tipo, en el que el sujeto yerra sobre un elemento típico de manera que simultáneamente cree que se da otro; p.ej. el autor de un allanamiento de morada o local comercial (§ 123 I) toma erróneamente la morada en que entra por un local comercial, o el autor del § 274 [destrucción, deterioro u ocultación de documentos o registros técnicos] considera por error que el documento destruido es un registro técnico. Si se excluye aquí el dolo respecto del elemento ignorado por el sujeto, en relación con el elemento supuesto por el sujeto queda sólo una tentativa (en su caso impune *). Si por el contrario se atiende a que el sujeto quería realizar y ha realizado el tipo de una manera u otra, el error sería siempre irrelevante. Lo correcto será diferenciar [225]: cuando las alternativas típicas sólo representan compartimentaciones de un objeto de protección unitario o de un medio de ataque (así "morada" y "local comercial" son sólo ejemplos de los "espacios cerrados sometidos a un derecho de admisión ajeno" en que piensa el legislador), el error es irrelevante. Cuando por el contrario se trata de objetos de protección o modalidades de ataque cualitativamente distintos (como sucede, en relación con el objeto de la acción, con los documentos y los registros técnicos), entonces habrá que excluir el dolo (en el ejemplo del § 274) y en correspondencia se podrá admitir solamente una tentativa [226]. Tal solución es compatible con el § 16 I 1, si se conciben "las va-

---

[223] Discr. tb. Sch/Sch/Cramer[24], § 16, nm. 9.

[224] El que el error de tipo sea provocado culpablemente o no es irrelevante para la exclusión del dolo (en cambio, según OLG Celle NJW 1969, 1775, con com. de Horn, NJW 1969, 2156, un error de tipo debido al consumo alcohol no excluiría el dolo).

* La apreciación entre paréntesis de Roxin se debe a que en el StGB la tentativa sólo es punible en todos los delitos graves (Verbrechen) y en aquellos delitos menos graves (Vergehen) en que la ley lo prevea expresamente (§ 23 I StGB), siguiéndose por tanto un sistema parcialmente diferente al del CP, en que la tentativa se castiga en todos los casos de delito (no así en las faltas: art. 15.2 CP) en que sea concebible (art. 62 —con la excepción del art. 64— CP); una ulterior diferencia viene dada porque en el StGB la atenuación de la pena en la tentativa respecto del delito consumado es potestativa (§ 23 II), mientras que en el CP es siempre obligatoria, si bien la rebaja respecto a la pena del delito consumado puede oscilar entre uno y dos grados (art. 62) [N. del T.].

[225] De acuerdo con Schroeder, GA 1979, 321 ss.; SK[5]-Rudolphi, § 16, nm. 28 d. Discusión que contribuye al avance en Kuhlen, 1987, 508 ss.

[226] Discr. en esto Schroeder, GA 1979, 326 s.; Schlüchter, 1983, 111.

riantes en cuestión en su vinculación alternativa como **un** elemento (complejo) del tipo legal" [226a].

En los elementos que pertenecen en parte al tipo y en parte a la culpabilidad sólo pueden ser objeto de un error de tipo los componentes que conciernen al tipo. Ejemplos de esto los ofrecen los "elementos de la actitud interna impropios" ya examinados (más detenidamente § 10, nm. 79). Así v.gr., en relación con el elemento "cruelmente" (§ 211), el sujeto puede ignorar que ocasiona especiales dolores o torturas a la víctima; entonces es un error de tipo. En cambio, el ulterior elemento del concepto de crueldad, la "actitud interna insensible e inmisericorde", pertenece a la culpabilidad y no puede ser objeto del dolo. De manera análoga hay que tratar otros elementos de la actitud interna impropios como "alevosamente" y "brutalmente". **119**

b) El error sobre circunstancias atenuantes de la pena * según el § 16 II

El § 16 II adopta una regulación específica para el error sobre circunstancias privilegiantes del hecho: "Quien en la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que realizarían el tipo de una ley más benigna sólo puede ser castigado por comisión dolosa según la ley más benigna." BGHSt 24, 168, ofrece un ejemplo: si alguien rapta a una muchacha menor de edad contra su voluntad y la de sus padres para someterla a actos sexuales extraconyugales, tal conducta es en su caso punible como caso especialmente grave del § 235 II (¡prisión de hasta diez años!). Si el sujeto supone sin embargo erróneamente que la muchacha está de acuerdo en todo, sólo se le castigará, según el § 16 II, por el § 236 (hasta cinco años de prisión). Ello se corresponde con la idea en la que también se basa el § 16 I: a cada cual sólo debe hacérsele responsable por el injusto cometido como autor doloso hasta donde hayan abarcado su saber y su querer [227]. Pero el tenor literal del § 16 I no aseguraría este resultado **120**

[226a] Warda, Stree/Wessels-FS, 1993, 284 y passim, donde tb. se clasifican por grupos de casos de manera muy útil "los criterios materiales de irrelevancia del error sobre alternativas típicas" (279-283). Warda señala además con acierto que los errores sobre alternativas típicas han de tratarse según las reglas generales del error, en cuanto se deben a una *aberratio ictus* o a un error de subsunción (271-273).

* Se ha traducido "strafmildernde Umstände" como "circunstancias atenuantes de la pena", es decir, escogiendo el significado literal de "Umstand", "circunstancia", en vez del de "elemento", que se ha utilizado a veces (combinado con el otro) a lo largo de la presente traducción. Aquí se opta por "circunstancia" porque resulta más adecuado para traducir a continuación el § 16 II StGB (precepto que no tiene, por cierto, parangón en el CP), pero se ha de advertir contra la identificación de tales "circunstancias atenuantes" con las circunstancias atenuantes genéricas del art. 21 CP (con las que sólo guardan semejanza algunas de las citadas en el § 46 II StGB —aunque con efectos no tan tasados como en el art. 66 CP—). Por tanto, en el StGB "circunstancias atenuantes" serían en general todos los elementos de atenuación o privilegio que aparecen en distintos preceptos de la Parte especial, como se deduce de la propia redacción del citado § 16 II (si bien se verá que Roxin y otros autores sólo estiman aplicable éste a los elementos de atenuación del injusto y no de la culpabilidad), que se traduce a continuación en el texto [N. del T.].

[227] Cfr. más detenidamente Warda, Jura 1979, 113 s.

en los casos de suposición errónea de elementos privilegiantes, porque la representación del tipo más benigno (aquí: § 236) no excluye el dolo respecto del tipo básico simultáneamente realizado (§ 235). El § 16 II deja por ello claro que el hecho sólo debe ser sancionado mediante el tipo más benigno. Como ulteriores ejemplos se mencionan [228]: el caso del funcionario que percibe en beneficio propio pagos excesivos, que toma erróneamente por tasas, de modo que sólo puede ser castigado por el § 352, más beneficioso, en vez de por el § 263; o el ejemplo del obligado al servicio militar que se mutila, pero que había puesto sus miras sólo en la provocación de una incapacidad parcial para el servicio militar y por ello sólo puede exigírsele responsabilidad por el § 109 II en vez de por el más severo § 109 I [229].

121 No está regulado legalmente el caso inverso de que concurra objetivamente un elemento de atenuación del injusto, pero que el sujeto no lo sepa. Aquí parece adecuado, invirtiendo la regla del § 16 II, castigar al sujeto por el delito consumado más benigno en concurso ideal con una tentativa del delito más grave (siempre y cuando la tentativa sea punible [230]). Por tanto, si en el caso de la sentencia BGHSt 24, 168, el sujeto considerara erróneamente que no se daba el asentimiento existente de la muchacha, concurrirían —a pesar del § 16 I— un supuesto consumado del § 236 y una tentativa (impune) del § 235; si el sujeto quiere inhabilitarse totalmente para el servicio militar, pero sólo lo consigue parcialmente, el mismo sería penalmente responsable por delito consumado del § 109 II y por tentativa del § 109 I. Ello se corresponde con el principio de que la imputación del injusto al tipo objetivo sólo puede llegar hasta donde efectivamente se haya realizado.

122 No se podrá en cambio acudir al § 16 II allí donde con frecuencia se estima que está su principal sector de aplicación: en el ámbito de los elementos que disminuyen la culpabilidad [231]. Con cierta frecuencia se cita como ejemplo académico el caso [232] de una madre que considera extramatrimonial a su hijo y mata al niño inmediatamente después del parto. Se deduciría entonces del § 16 II que no se castiga a la misma por el § 212, sino por el § 217 [infanticidio]. Sin embargo el § 217 no afecta al tipo y al injusto, sino solamente a la culpabilidad del homicidio: el legislador presume de manera irrefutable que la conmoción provocada por el proceso del parto, en unión con el temor a las consecuencias que podrían derivarse del carácter extramatrimonial del hijo,

---

[228] Cfr. Franke, JuS 1980, 174.

[229] De todas formas el § 16 I ya conduciría aquí tb. a este resultado, porque el dolo no se dirigía a la provocación de inidoneidad completa para el servicio militar.

[230] Así tb. Sch/Sch/Cramer[24], § 16, nm. 28; SK[5]-Rudolphi, § 16, nm. 28 b; Jescheck, AT[4], § 29 V 5 b; discr. Lackner[20], § 16, nm. 7, quien pretende que no se aprecie el privilegio.

[231] Como aquí Küper, GA 1968, 321 ss.; Franke, JuS 1980, 172 ss.; SK[5]-Rudolphi, § 16, nm. 28 a; de otra opinión Sch/Sch/Cramer[24], § 16, nm. 26; Lackner[20], § 16, nm. 6; LK[10]-Schroeder, § 16, nm. 70.

[232] Así todavía en Warda, Jura 1979, 113 ss.; tb. Sch/Sch/Cramer[24], § 16, nm. 26 s.

disminuyen la culpabilidad de la madre, y la castiga por ello de manera atenuada. Si se parte de lo anterior, hay que interpretar desde un principio subjetivamente el § 217 en el sentido de que lo relevante no es el carácter extramatrimonial objetivo, sino sólo su suposición subjetiva. La reducida punibilidad de la madre que cree en el carácter extramatrimonial del hijo se deriva inmediatamente por tanto del § 217 y no de la aplicación del § 16 II, que no es necesaria y que tampoco sería de ningún modo posible. Pues el § 16 trata según su tenor literal exclusivamente el error sobre circunstancias del hecho que pertenecen al tipo legal (§ 16 I) o realizan el tipo de una ley más benigna (§ 16 II); los elementos de la culpabilidad no pertenecen sin embargo al tipo. Ciertamente es indiferente en cuanto al resultado que en el caso del ejemplo la punibilidad de la madre según el § 217 se derive de la interpretación de este precepto o de la aplicación del § 16 II. Pero la diferencia práctica de ambas construcciones se muestra en la constelación inversa, en que la madre que mata inmediatamente después del parto a su hijo objetivamente extramatrimonial lo considera equivocadamente matrimonial. Dado que el § 217 privilegia las consecuencias psíquicas del carácter extramatrimonial del hijo, que aquí no se dan, procede el castigo por hecho consumado del § 212 (no del § 217 en unión con una tentativa del § 212, como se derivaría de una inversión del § 16 II en el caso de suposición errónea de un elemento del injusto) [233].

También la disposición del § 216 (homicidio a petición de la víctima) hay **123**
que interpretarla correctamente como un caso de culpabilidad atenuada [234], pues la ley no se fija en la manifestación de la petición de la víctima, sino en la motivación por la misma del autor, y tiene en cuenta en favor suyo la piedad y la voluntad de ayudar de quien actúa. Por ello lo único importante para el § 216 es la representación del autor de la petición de la víctima, y el § 16 II resulta tan inaplicable como en el caso del § 217. Aún más claramente inaplicable es el § 16 II cuando la interpretación subjetiva de los elementos que atenúan la culpabilidad no se deriva sólo de su sentido, sino ya de su tenor literal, como v.gr. en el § 157 ("para evitar el peligro... de ser penado"). En resumidas cuentas, el § 16 II posee por tanto sólo un muy reducido ámbito de aplicación. Sólo en la aplicación analógica del § 16 adquiere también su ap. 2 una significación algo mayor (cfr. nm. 128).

c) La aplicación analógica del § 16

aa) Con cierta frecuencia el sujeto yerra sobre los objetos externos de **124**
referencia de los elementos de ánimo o intención. Así sucede que alguien que realiza el tipo objetivo del hurto no considera apropiación su conducta o bien

---

[233] Así tb. SK[5]-Rudolphi, § 16, nm. 28 b; Sch/Sch/Cramer[24], § 16, nm. 28.

[234] Muy discutido; cfr. en favor de la opinión aquí defendida Franke, JuS 1980, 173 s.; LK[11]-Roxin, § 30, nm. 43.

yerra sobre la antijuridicidad de la apropiación perseguida; o en el caso del § 263 el sujeto contempla como no antijurídico el enriquecimiento o lucro pretendido. La doc. ampliamente dom. pretende aplicar inmediatamente el § 16 I a tales casos, por cuanto que la misma trata la apropiación antijurídica o el enriquecimiento como elemento del tipo objetivo [235]. Ello no es correcto, en cuanto que no es preciso que los objetos de referencia de tales ánimos, intenciones o propósitos se den objetivamente, sino que sólo han de ser abarcados por la intención o el dolo (cfr. nm. 9) del sujeto. Si el sujeto yerra sobre ellos de manera relevante, desaparece el propio ánimo o intención de que se trate, pero no el dolo en relación con el tipo objetivo [236].

125 El § 16 I puede sin embargo aplicarse analógicamente en los casos de errores sobre los elementos objetivos de las características subjetivas. Al respecto surgen también aquí precisamente los difíciles problemas del error sobre elementos normativos y circunstancias de valoración global del hecho. Si p.ej. alguien que ha sustraído un libro ajeno quiere devolverlo muchísimo tiempo después y cree por ello que no se ha pretendido una "apropiación" en el sentido del § 242, el juez afirmará no obstante el ánimo o intención de apropiación antijurídica. Pues el sujeto se ha percatado perfectamente de que desposee según parámetros económicos al propietario de manera permanente; si no interpreta esto como apropiación, se trata de un mero error de subsunción. Si por el contrario el sujeto quiere devolver al día siguiente la cosa que sustrae y lo olvida, entonces por analogía con el § 16 I queda excluido el ánimo o intención de apropiación y por tanto la punibilidad por el § 242.

126 Aún más difícil resulta el caso de los errores sobre la antijuridicidad de la apropiación y del enriquecimiento o lucro. Así la doc. dom. parte de que la existencia de una pretensión o derecho vencido y exigible y no sometido a recurso a la recepción de una determinada cosa excluye la antijuridicidad de la apropiación y por tanto también el ánimo o intención a ella dirigidos. Si el sujeto quiere sustraer tal cosa, a la que tiene derecho, y la confunde con otra que no le corresponde, queda excluido entonces por analogía al § 16 I el ánimo (o intención) de apropiación antijurídica, porque el ánimo (o intención) de quien actúa sólo se dirige a una apropiación conforme a Derecho. El ánimo (o intención) exigido en el § 242 está también excluido cuando el sujeto, debido sólo a consideraciones jurídicas erróneas, creía tener una pretensión o derecho vencido y exigible a la cosa sustraída; pues tampoco en una "valoración paralela en la esfera del profano" ha comprendido en tal caso que quería apropiarse antijurídicamente de la cosa [237]. Si por el contrario el sujeto sabe que

---

[235] Cfr. p.ej. Maurach/Schroeder, BT/1[6], 1977, § 34 III C, antes del 1: "Igual que en la estafa, la antijuridicidad del desplazamiento de la propiedad o el patrimonio es un elemento del tipo objetivo tb. en el hurto" (distinto sin embargo ahora en BT/1[7], 33/56).

[236] Cfr. Warda, Jura 1979, 77; Maurach/Schroeder, BT/1[7], 33/56.

[237] Así tb. BGHSt 17, 87; BGH GA 1966, 211; 1968, 121.

su derecho no es exigible o que está sometido a recurso y pese a ello cree poder apropiarse de la cosa, entonces se equivoca exclusivamente sobre la antijuridicidad del conjunto del hecho y se encuentra en un error de prohibición; en relación con la antijuridicidad de la apropiación concurre sólo un error de subsunción (irrelevante), porque el sujeto ha conocido todo lo que el legislador exige para la misma. La "antijuridicidad" de la apropiación (y de manera análoga del enriquecimiento o lucro en el § 263) es por tanto un elemento de valoración global del hecho en el marco del tipo subjetivo, y ha de ser tratado según las reglas que rigen para los elementos análogos del tipo objetivo.

bb) La aplicación analógica del § 16 I procede además en los casos de 127 errores sobre circunstancias que el legislador denomina ejemplos-regla para casos especialmente graves (como en el § 243 [casos especialmente graves de hurto]). Tales ejemplos-regla no son elementos típicos, porque no vinculan obligatoriamente al juez a un determinado marco penal: cuando concurre uno de los ejemplos mencionados en el § 243 I n.ºs 1-6, el juez puede aún desestimar la apreciación de un caso especialmente grave, del mismo modo que puede, a la inversa, admitir también la concurrencia de uno de ellos cuando no se da ninguno de los casos mencionados. No obstante sólo es adecuado fundar un caso especialmente grave en la concurrencia de uno de los ejemplos mencionados en el § 243 cuando el mismo fue abarcado en todos sus elementos por el saber y el querer del sujeto. Por tanto sólo se puede p.ej. imputar al sujeto como caso especialmente grave del § 243 I n.° 1 la entrada con una llave falsa cuando el mismo se ha percatado de que la llave es falsa; el que opone resistencia sólo puede ser castigado más gravemente según el § 113 II n.° 2 por provocar un peligro de muerte, cuando el mismo ha provocado ese peligro dolosamente (BGHSt 26, 180, 244), etc. Pues se deduce del principio de culpabilidad que la pena de un hecho doloso sólo puede agravarse cuando las circunstancias que determinan la agravación de la pena son abarcadas por el saber y el querer del sujeto.

También el § 16 II ha de aplicarse analógicamente en esa medida. Por tanto si el sujeto 128 considera erróneamente de escaso valor la cosa por él hurtada dándose los requisitos del § 243 I, entonces sólo puede ser castigado por el § 242. Para el caso inverso no regulado legalmente de que el sujeto tome por valiosa según los requisitos del § 243 I una cosa objetivamente de escaso valor rigen asimismo de manera análoga los principios desarrollados más arriba (nm. 121): debido al menor desvalor del resultado, se ha de acudir también aquí por tanto sólo al § 242 [238].

cc) Además hay que aplicar también analógicamente el § 16 II a aquellas 129 circunstancias que fundamentan un caso especialmente grave no ilustrado mediante ejemplos (v.gr. en los §§ 263 III y 266 II). Por tanto si p.ej. la especial

[238] Ambas constelaciones son sumamente discutidas. Como aquí: Jescheck, AT[4], § 29 V 5 b, c. Exhaustivamente y con ulteriores referencias Zipf, Dreher-FS, 1977, 396 ss., quien rechaza la aplicación analógica del § 16 II y afirma ya la procedencia del § 243 cuando el sujeto habría podido advertir el elevado valor de la cosa.

gravedad del caso en una estafa o en un delito de gestión desleal se deriva de la cuantía del perjuicio irrogado, entonces el sujeto ha de haber sido consciente de la cuantía del perjuicio [239]. Ello se deduce, además de de las razones mencionadas en bb), también de la consideración propia del Estado de Derecho de que, de lo contrario, "el legislador podría, mediante el empleo profuso de agravaciones indeterminadas, dejar sin efecto el § 16 I 1 respecto de las circunstancias que agravan la pena" [240].

130 dd) Dado que los casos mencionados en bb) y cc) no afectan a circunstancias del tipo legal, sino a presupuestos (por supuesto significativos para la magnitud del injusto) de la medición de la pena, resulta consecuente con las reglas desarrolladas para los mismos extender con carácter general el § 16 en los delitos dolosos a los hechos cuantificadores del injusto relevantes para la medición de la pena también dentro del marco penal normal. Es verdad que el § 46 II, dentro de las circunstancias que son significativas para la medición de la pena, sólo habla de las "consecuencias del hecho provocadas culpablemente", entre las cuales además exclusivamente se podrían contar consecuencias producidas de manera imprudente. Sin embargo, la aplicación analógica del § 16 concretaría este principio en el sentido de que en los delitos dolosos sólo se puede acudir a circunstancias para agravar la pena cuando las mismas fueron conocidas por el sujeto. Si p.ej. el sujeto ha tomado el cuadro de Picasso hurtado por la pintura barata de un aficionado, entonces el valor millonario del objeto del hurto no puede utilizarse para agravar la pena. Si el valor del objeto hurtado fuera elemento de agravación de la pena de un tipo cualificado, el dolo debería extenderse sin duda a él; no se comprende por qué ha de ser distinto cuando la agravación se produce en el marco de la medición judicial de la pena [241]. Siguiendo a Frisch [242], se hace a menudo una excepción para el caso de que la situación sea análoga a la de un delito cualificado por el resultado [243]. Si p.ej. la víctima de una extorsión se suicida, debería poderse imputar, en aplicación analógica del § 18, esta consecuencia al sujeto para agravar la pena incluso cuando éste no había pensado en ella, sino que sólo podría haber pensado en ella. Sin embargo no existe motivo suficiente para tal excepción [244]. Pues la misma no rige tampoco (cfr. nm. 127) para los ejemplos-regla análogos (como el § 113 II n.º 2); dado que las cualificaciones por el resultado son siempre la excepción, sólo se debe acudir al § 18 cuando el legislador lo dispone expresamente.

---

[239] Así tb. BGH MDR (H) 1978, 623, respecto del § 263; Warda, Jura 1979, 288; Baumann/Weber, AT[9], § 27 I 1 d α.

[240] Baumann, AT[8], § 27 I 3 b; similar Baumann/Weber, AT[9], § 27 I 1 d α.

[241] Así tb. en principio la doc. hoy mayor.

[242] Frisch, GA 1972, 321 ss.

[243] Así v.gr. Jescheck, AT[4], § 29 II 3 b; Bruns, StrafZumR, [2]1974, 423 ss.; SK[5]-Horn, § 46, nm. 68 ss.; Warda, Jura 1979, 288 s.

[244] Así tb. Sch/Sch/Cramer[24], § 15, nm. 31; Sch/Sch/Stree[24], § 46, nm. 26 s.

ee) Finalmente el § 16 I rige analógicamente también en los casos de suposición errónea de circunstancias justificantes, como por ejemplo una situación de legítima defensa. Sin embargo esta constelación sumamente discutida sólo podrá ser examinada más detenidamente en el marco de la teoría del injusto (cfr. § 14, nm. 51 ss.). 131

d) Errores que han de tratarse conforme a otras reglas

132

aa) Fuera del § 16 quedan en primer lugar todos los errores que afectan a la antijuridicidad y a la culpabilidad. Mientras que un error sobre los presupuestos objetivos o materiales de la antijuridicidad está aún sometido a la aplicación analógica del § 16 I (cfr. nm. 82 s. e *infra* § 14, nm. 51 ss.), un error que afecta exclusivamente a la antijuridicidad del conjunto del hecho es siempre un error de prohibición que únicamente debe ser tratado conforme al § 17 (cfr. nm. 82 s. e *infra* § 21). Esto rige también cuando una disposición penal —de manera en sí misma superflua— contiene expresiones como "antijurídicamente" (p.ej. § 303), "de modo contrario a Derecho" (p.ej. § 239) o "sin autorización" (p.ej. § 168) (cfr. más detenidamente y restrictivamente en casos concretos § 10, nm. 30 s., 45 ss.), cuando al sujeto le ha quedado oculta la antijuridicidad a consecuencia de un error de subsunción relativo a una circunstancia concreta del hecho (nm. 85 ss.) o cuando un error sobre elementos de valoración global del hecho afecta exclusivamente a la valoración del conjunto del hecho (nm. 89 ss.). También hay que solucionar sin recurrir al § 16 los problemas que se suscitan en los errores en el ámbito de la culpabilidad. El § 35 II ha adoptado para el error sobre la situación de estado de necesidad disculpante una regulación específica, que enlaza con el tratamiento del error de prohibición. Otros errores relevantes para la culpabilidad sobre circunstancias objetivas tienen la mayoría de las veces el efecto de excluir inmediatamente el mismo elemento de la culpabilidad de que se trate (v.gr. los "móviles bajos" en el § 211) (cfr. también ya nm. 119 y, acerca del error sobre los presupuestos del § 217, nm. 122). Los pormenores se examinarán en conexión con el tratamiento de la culpabilidad (más abajo §§ 19 ss.).

bb) No existe posibilidad de aplicar el § 16 tampoco a los errores sobre condiciones objetivas de punibilidad o causas personales de exclusión de la punibilidad, que han de considerarse irrelevantes para el dolo. Si por tanto, en un delito de los §§ 102-104 [delitos contra Estados extranjeros], alguien cree erróneamente que falta la garantía de reciprocidad del § 104 a, ello no tiene influencia alguna en su punibilidad, porque la "garantía", igual que los demás requisitos del § 104 a, no es una circunstancia del hecho, sino una condición objetiva de punibilidad. Del mismo modo, un parlamentario no puede alegar, frente a la acusación por injurias o maledicencia o difamación no a sabiendas, que creyó hacer sus manifestaciones en una comisión parlamentaria. En efecto esto sería, si realmente fuera así, una causa personal de exclusión de la punibilidad (§ 36); pero la suposición errónea de circunstancias que sólo excluyen la punibilidad no exculpa. Naturalmente también en este ámbito hay cosas discutidas; los pormenores sólo pueden ser examinados más detenidamente al tratar de las condiciones objetivas de punibilidad y las causas personales de exclusión de la punibilidad (*infra* § 23). 133

También es irrelevante el error sobre condiciones de procedibilidad, como v.gr. la necesidad de querella. La suposición errónea por parte de un sujeto de que "el hecho por él cometido es sólo perseguible mediante denuncia es tan irrelevante como, a la inversa, en un delito perseguible mediante denuncia, su creencia de que no es necesaria la denuncia" (BGHSt 18, 125). 134

III. La imputación al dolo en las desviaciones del curso causal

Bibliografía: Weber, Über die verschiedenen Arten des Dolus, Neues Archiv des Criminalrechts 7 (1825), 551; Geyer, Zur Lehre vom dolus generalis und vom Kausalzusammenhang, GA 1865, 239; Geyer, Dolus generalis und Kausalzusammenhang, 1889; Klee, Bericht über die Rechtsprechung des Strafsenats des Kammergerichts, GA 1919, 116; Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; H. Mayer, Das Problem des sogenannten dolus generalis, JZ 1956, 109; Oehler, Zum Eintritt eines hochgradigen Affekts während der Ausführungshandlung, GA 1956, 1; Bemmann, Zum Fall Rose-Rosahl, MDR 1958, 817; Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 (1965), 1; Maiwald, Der "dolus generalis". Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung, ZStW 78 (1966), 30; Noack, Tatverlauf und Vorsatz, 1966; Loewenheim, Error in objecto und aberratio ictus, JuS 1966, 310; Horn, Actio libera in causa - eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur, GA 1969, 289; Backmann, Die Rechtsfolgen der aberratio ictus, JuS 1971, 113; Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971; Geilen, Zur Problematik des schuldausschließenden Affekts, Maurach-FS, 1972, 173; Geilen, Sukzessive Zurechnungsunfähigkeit, Unterbringung und Rücktritt, JuS 1972, 73; Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; v. Scheurl, Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, 1972; Backmann, Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum, JuS 1972, 196, 326, 452, 649; 1973, 30, 299; 1974, 40; Herzberg, Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf, ZStW 85 (1973), 867; Rudolphi, Recens. de Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf (1971), ZStW 86 (1974), 89; Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, 435, 511, 575, 647, 715, 787; Roxin, Gedanken zum "dolus generalis", Würtenberger-FS, 1977, 109; Wolter, Irrtum über den Kausalverlauf und Relevanztheorie, GA 1977, 257; Wolter, Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung - zugleich ein Beitrag zur versuchten Straftat sowie zur subjektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, ZStW 89 (1977), 649; Krümpelmann, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, ZStW-Beiheft 1978, 6; Alwart, Die Geschichte von dem Zimmermann Schliebe, dem Gymnasiasten Ernst Harnisch, dem Holzhändler Rosahl und von dem Arbeiter namens Rose, JuS 1979, 351; Schroeder, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA 1979, 321; Bottke, Anmerkungen zu Puppe, Zur Revision der Lehre vom "konkreten" Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, GA 1981, 1, JA 1981, 346; Herzberg, Aberratio ictus und error in objecto, JA 1981, 369, 470; Puppe, Zur Revision der Lehre vom "konkreten" Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, GA 1981, 1; Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; Yamanaka, Von dem Irrtum über den Kausalverlauf etc., Kansai University Review 1981, 36; Hruschka, Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen, JuS 1982, 317; Yamanaka, Ein Beitrag zum Problem des sog. "dolus generalis", Kansai University Review 1982, 1; Prittwitz, Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung, GA 1983, 110; Wolter, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beitrag zum "Strafgrund der Vollendung", Leferenz-FS, 1983, 545; Puppe, Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA 1984, 101; Wolter, Objektive und Personale Zurechnung zum Unrecht. Zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus, en: Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 103 [= El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, trad. e intr. de J. M. Silva Sánchez, Madrid, Tecnos, 1991, 108]; Janiszewski, Zur Problematik der aberratio ictus, MDR 1985, 533; Arth. Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1985; Schreiber, Grundfälle zu "error in objecto" und "aberratio ictus" im Strafrecht, JuS 1985, 873; Warda, Zur Gleichwertigkeit der verwechselten Objekte beim error in objecto, Blau-FS, 1985, 159; Driendl, Irrtum oder Fehlprognose über abweichende Kausalverläufe, GA 1986, 253; Moojer, Die Diskrepanz zwischen Risikovorstellung und Risikoverwirklichung. Ein Beitrag zur Diskussion über Kausalabweichung und aberratio ictus, tes. doct. Berlin, 1986; W. Frisch, Tatbestansdmäßiges Verhalten, 1987; Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987; Puppe, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Irrtümer bei der Ausübung

der Notwehr und für deren Folgen, JZ 1989, 728; Silva Sánchez, Aberratio ictus und objektive Zurechnung, ZStW 101 (1989), 352 [= "Aberratio ictus" e imputación objetiva, ADPCP 1984, 347]; Hettinger, Die Bewertung der "aberratio ictus" beim Alleintäter, GA 1990, 531; Struensee, Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität, ZStW 102 (1990), 21 [= Dolo de causar y causalidad putativa, trad. J. L. Serrano González de Murillo, ADPCP 1990, 933]; Müller, Das Urteil des BGH zu Anstiftung und "error in persona", MDR 1991, 830; Hruschka, Der Standardfall der aberratio ictus und verwandte Fallkonstellationen, JZ 1991, 488; Streng, Die Strafbarkeit des Anstifters bei error in persona des Täters, JuS 1991, 910; Geppert, Zum "error in persona vel obiecto" und zur "aberratio ictus" etc., Jura 1992, 163; Hettinger, Der sog. dolus generalis: Sonderfall eines "Irrtums über den Kausalverlauf"?, Spendel-FS, 1992, 237; Mayr, Error in persona vel obiecto und aberratio ictus bei der Notwehr, 1992; Puppe, Vorsatz und Zurechnung, 1992; Rath, Zur strafrechtlichen Behandlung der aberratio ictus und des error in objecto des Täters, 1992; Roxin, Rose-Rosahl redivivus, Spendel-FS, 1992, 289; Schlehofer, Der error in persona des Haupttäters - eine aberratio ictus für den Teilnehmer?, GA 1992, 307; Stratenwerth, Objektsirrtum und Tatbeteiligung, Baumann-FS, 1992, 57; Weßlau, Der Exzeß des Angestifteten, ZStW 104 (1992), 105; Bemmann, Die Objektsverwechslung des Täters in ihrer Bedeutung für den Anstifter, Stree/Wessels-FS, 1993, 397; Lund, Mehraktige Delikte, 1993.

1. Desviaciones habituales del curso causal

Según la concepción expuesta, el curso causal concreto es una circunstancia 135 del hecho con la consecuencia de que el dolo debe extenderse a él. En el ejemplo académico ya frecuentemente utilizado de que A dispara con dolo de matar sobre B, pero éste sólo resulta herido de manera poco peligrosa y perece víctima de un incendio durante el tratamiento de la herida en el hospital, resulta que el modo concreto de realización del resultado no fue abarcado por la representación del sujeto, de manera por tanto que falta el dolo según el § 16 I; en cambio, el curso causal que fue abarcado por el dolo se ha quedado detenido a medio camino, de manera que el sujeto sólo puede ser castigado por tentativa de homicidio. Sin embargo, la op. tradicional no consideró nunca objeto del dolo todos los pormenores del curso causal [245] —que nadie puede prever—, sino sólo sus "rasgos esenciales", de modo que las desviaciones inesenciales no afectarían al dolo. Un resumen preciso de esta doctrina, que es dominante hoy todavía en la jurispr., se encuentra p.ej. en BGHSt 7, 329: "El dolo debe extenderse al curso del suceso... Dado que... no se pueden prever todos los pormenores del curso de un suceso, las desviaciones respecto del curso representado por lo regular no excluyen el dolo cuando se mantienen aún dentro de los límites de lo previsible según la experiencia general de la vida y no justifican otra valoración del hecho."

En la ciencia se ha impuesto mayoritariamente entre tanto la opinión de 136 que esa concepción es incorrecta en su fundamentación [246]. Sin embargo se

[245] Así sin embargo todavía últimamente Herzberg, ZStW 85 (1973), 867 ss.; en contra Wessels, AT[23], § 7 IV 3; Roxin, Würtenberger-FS, 1977, 111 s., 116. Herzberg ha abandonado esta opinión en JA 1981, 369 ss., 470 ss.

[246] Cfr. al respecto § 11, nm. 37 y (con ulteriores referencias) 59 ss. Concepciones nuevas similares a la opinión aquí defendida, pero autónomas, ofrecen Jakobs, AT[2], 8/64 ss. (crít. al respecto Frisch,

puede mantener todavía (sobre todo en la jurispr.) por la razón de que facilita siempre resultados correctos. Pues en efecto p.ej. en el caso del hospital (nm. 135) hay que apreciar sólo una tentativa de homicidio. La razón no es sin embargo primariamente la exclusión del dolo, sino que ya objetivamente no es posible la imputación del resultado en un curso causal que se mueve fuera de lo previsible: falta entonces ya en el tipo objetivo una acción de matar, de modo que sólo queda desde un principio una tentativa (fracasada o fallida) (cfr. § 11, nm. 59 ss.). A la teoría del error no le incumben por tanto los cursos causales imprevisibles. BGHSt 38, 34, plantea ahora por primera vez la cuestión de si el problema "de la desviación del curso causal respecto del representado posee únicamente relevancia desde el punto de vista del dolo (así la jurispr. y la hasta ahora op. dom...) o si ya hay que poner en duda la imputación objetiva", pero deja "pendiente" la respuesta (porque no era decisiva para el resultado).

137 Pero tampoco ofrece, lo que todavía no ha sido reconocido con carácter general, clave alguna para el tratamiento de las desviaciones inesenciales previsibles [247]. Cuando A tira a B al agua desde un puente alto con dolo de matar, pero éste no muere ahogado, como se había representado A, sino por el choque contra la base del pilar del puente, se cumple el tipo objetivo del § 212, porque esta clase de muerte es una consecuencia adecuada del peligro creado por A y puede serle imputada por tanto como obra suya (cfr. § 11, nm. 60 ss., con ulteriores referencias). Si, siendo esto así, admitimos simultáneamente que se ha cumplido también el tipo subjetivo y que A ha cometido un homicidio doloso consumado, entonces resulta una fundamentación aparente (por cierto habitual) decir que A no ha contado con el choque contra el pilar del puente, pero que sin embargo ha previsto "en lo esencial" el curso causal y por tanto ha actuado dolosamente. Pues lo decisivo es únicamente si la desviación es "esencial" o "inesencial". Se trata aquí, como en el problema correspondiente en el ámbito del tipo objetivo, exclusivamente de una cuestión valorativa, concretamente de hasta dónde deben ser imputadas al dolo conforme al juicio del ordenamiento jurídico las desviaciones del curso causal; el juicio sobre si una desviación del curso causal debe contemplarse como relevante o como irrelevante para la afirmación o la negación del dolo no tiene nada que ver con los procesos de conciencia en la cabeza del sujeto.

138 El conocimiento del curso causal no es por tanto presupuesto del dolo y su desconocimiento (se refiera a rasgos esenciales o inesenciales de este curso) no es un error de tipo que haya que tratar conforme al § 16. A los requisitos

---

1987, 591 ss.) y Frisch, 1987, 571 ss. Driendl, GA 1986, 252, pretende resolver los casos de desviación con los medios de la investigación de pronóstico.

[247] Abriendo nuevas perspectivas Engisch, 1930, 72 ss.; avanzando en esa línea, entre otros, Wolter, ZStW 89 (1977), 668 ff.; Yamanaka, 1981, 46 ss.; Puppe, 1992, 21 ss. *et passim.*

de conocimiento del dolo pertenece, por el contrario, sólo la conciencia de las circunstancias que fundamentan la imputación objetiva; es decir que el sujeto ha de conocer que ha creado un peligro no permitido para el bien jurídico (a cuyo respecto el carácter no permitido ha de ser tratado nuevamente conforme a las reglas de los elementos de valoración global del hecho, cfr. nm. 89 ss.). Si pretende además la producción del resultado o al menos se resigna a ella, se dan los elementos intelectuales y volitivos del dolo. No obstante, como veremos, puede haber que negar el dolo por determinadas desviaciones del curso incluso en cursos causales adecuados (mientras que en los cursos causales inadecuados falta ya el tipo objetivo, cfr. nm. 136). Pero ésa no es ya una cuestión que afecte a la psique del sujeto, sino un problema de la imputación al dolo. Se ha de reconocer por tanto que existe no sólo la imputación al tipo objetivo, sino también al tipo subjetivo, es decir, al dolo, y que la tarea consiste en encontrar el parámetro normativo adecuado para la imputación al tipo subjetivo.

Como parámetro valorativo para la imputación al dolo se emplea aquí, como **139**
ya se mencionó *supra* (nm. 6), el criterio de la realización del plan [248], que se corresponde con el elemento de la realización del peligro como parámetro de imputación para el tipo objetivo. En su aplicación a nuestro ejemplo del pilar del puente (nm. 137) se plantea la cuestión de si se puede considerar la concreta forma de la muerte una realización del plan del sujeto. Habrá que contestar afirmativamente. Pues si A quiere matar a B tirándole del puente, es indiferente en un enjuiciamiento valorativo que la muerte se produzca por ahogarse en el agua o por fractura de cuello o cráneo al chocar. Ambas formas de morir eran prosibles de antemano al lanzarle desde el puente y son equivalentes en relación con el fin perseguido por el sujeto. Por ello se puede considerar realizado con éxito el plan del sujeto a pesar de la desviación del curso causal, y se puede por tanto imputar al sujeto el resultado no sólo al tipo objetivo, sino también al dolo. Algo diferente ocurre en el caso del incendio en el hospital (nm. 135). La muerte por incendio no estaba contenida de antemano en la acción del sujeto, sino que fue sólo su consecuencia casual; por ello no es una realización del plan del sujeto. Ciertamente esta reflexión no es necesaria, porque la apreciaciación de un homicidio consumado fracasa ya por falta del tipo objetivo (nm. 136).

El parámetro de imputación del tipo objetivo es por tanto la realización del **140**
peligro, el del subjetivo la realización del plan. En la mayoría de los casos ambos parámetros conducen al mismo resultado, de modo que una desviación

[248] Fue introducido por mí y aplicado por vez primera a las desviaciones del curso causal en mis "Gedanken zum *'Dolus generalis'*" ("Reflexiones sobre el *'dolus generalis'*"), Würtenberger-FS, 1977, 189 ss. Hay reflexiones similares —en polémica con mi propuesta— ahora tb. en Herzberg, JA 1981, 369 ss., 470 ss.; Wolter, 1984, 112 ss. [= El sistema moderno, 1991, 116 ss.; N. del T.]. Crít. Frisch, 1987, 590 s., quien sin embargo reconoce un "núcleo muy plausible" en la tesis de la realización del plan (p. 612, n. 197).

del curso causal que es irrelevante para el tipo objetivo tampoco impide la imputación al tipo subjetivo. Pues las desviaciones del curso causal que "se mantienen dentro de los límites de lo previsible según la experiencia general de la vida" (BGHSt 7, 329), que se mueven por tanto dentro del terreno de desarrollo de los cursos causales normal y calculable también para sujetos dolosos, no frustran (impiden, obstaculizan) por regla general el plan del sujeto, porque se ha de contar de todos modos con ellas, y por ello tampoco la imputación al dolo. Pero ello no es necesariamente así, y por ello hay que darle la razón a la jurispr. cuando, junto a la adecuación del curso causal, exige además para el dolo que la desviación "no haga necesaria otra valoración del hecho" (BGHSt 7, 329). Cuando alguien, por un fanatismo religioso desviado, quiere cometer un sacrilegio y destruir la imagen de la Virgen colocada en la pared de una casa, pero sólo da a la ventana de la casa cercana a la imagen, tal desviación relativamente pequeña es plenamente previsible. El destrozo del cristal de la ventana ha de imputarse por tanto al sujeto como obra suya y cumple el tipo objetivo del § 303. Pero en una valoración objetiva (y naturalmente también según el juicio subjetivo del sujeto, que de todos modos posee al respecto una significación indiciaria) el plan del hecho ha fracasado, aunque el sujeto haya dañado la cosa que también quería dañar. Porque quería dañarla en otro sentido absolutamente distinto, que fundamenta también objetivamente "otra valoración del hecho". Por ello resulta adecuado no imputar al dolo el resultado (la rotura del cristal de la ventana) y apreciar sólo una tentativa (punible) de daños en relación con la Virgen, unida a unos daños imprudentes (impunes) en relación con el cristal de la ventana [249].

141 La discrepancia entre imputación objetiva e imputación al dolo en las desviaciones del curso causal tendrá lugar sobre todo allí donde el menoscabo del objeto de la acción se produzca de un modo totalmente diferente al que correspondía a las intenciones del sujeto. Cuando alguien quiere eliminar mediante un veneno la capacidad de procrear de otro, pero en vez de esto provoca (de manera previsible) su ceguera, se cumple efectivamente de uno u otro modo el tipo objetivo de los §§ 224 y 225 [lesiones graves y lesiones graves de propósito, respectivamente], pero el plan ha fracasado, según un enjuiciamiento objetivo. Por tanto no se imputará al dolo (o a la intención o propósito) del sujeto la ceguera de la víctima, sino que se le castigará por una tentativa del § 225 (en relación con la capacidad de generar) unida a un hecho consumado del § 224 (por la provocación imprudente de la ceguera) [250]. No obstante,

[249] Así tb. en cuanto al resultado al que llegan, Herzberg, JA 1981, 472 (con fundamentación similar) y LK[10]-Schroeder, § 16, nm. 11 (con fundamentación discr.). Olvida tales casos Haft, AT[5], 246, cuando dice que "no es posible" que un curso causal objetivamente imputable haya de ser subjetivamente "considerado tan esencialmente desviado del curso causal representado que el dolo del autor ya no lo abarque".

[250] Igualmente SK[5]-Horn, § 225, nm. 4; LK[10]-Schroeder, § 16, nm. 12.

nunca se puede perder de vista que la representación del sujeto sólo constituye la base de una valoración objetiva: por tanto, cuando el sujeto quiere sacarle el ojo derecho a la víctima y en vez de esto destroza el ojo izquierdo por un error en el golpe, concurre efectivamente también una desviación de la representación real del fin del sujeto, pero es irrelevante en un enjuiciamiento objetivo y está todavía dentro del plan del hecho. Si se contempla éste según un parámetro normativo como dirigido a la provocación de una ceguera parcial, el mismo ha tenido éxito pese a la desviación del curso causal. Lo que (aún) sea una realización del plan del hecho se decide por tanto siempre conforme a criterios normativos, las representaciones subjetivas del sujeto constituyen sólo la base de la valoración objetiva.

Si la desviación del curso causal no afecta al resultado, sino al modo de su **142**
producción, será mucho más raro que impida la imputación al dolo. Pues los cursos causales "extravagantes (aventureros)" se resuelven ya en el tipo objetivo. Las desviaciones adecuadas del curso causal sin embargo difícilmente impedirán la imputación al dolo, porque al sujeto le importa por regla muy general el resultado y no el modo de su producción, y además una valoración objetiva otorgará menor significación a las representaciones del sujeto del curso causal que a sus representaciones del resultado; pues naturalmente en los delitos de resultado el resultado (y no el curso causal) ocupa el primer plano para la valoración jurídica. Si p.ej. A dispara sobre B con dolo de matar y éste esquiva el disparo mortal mediante un potente salto, pero al darlo se cae por la ventana y se desnuca, se imputará la muerte a A a título de dolo, aun cuando éste habría deseado que la víctima muriera por su propia (de A) mano. Pues según un parámetro normativo el plan de A de matar ha tenido, con todo, éxito, porque la producción del resultado pretendida y conseguida de manera adecuada hace aparecer como irrelevantes para la valoración las representaciones de modalidades concomitantes del sujeto. Surgen excepciones sobre todo cuando el sujeto crea dos peligros completamente distintos, mediante uno solo de los cuales quiere producir el resultado, mientras que en realidad lo produce el otro. Si p.ej. "A quiere matar en su casa de cazador con café en polvo envenenado a su novia N, que se encuentra en avanzado estado de embarazo", pero ésta, antes de que el veneno haga efecto, se cae, de manera totalmente previsible, por la escalera defectuosa de la zona de dormitorio a la cocina [251] y se mata, sólo se podrá apreciar una tentativa de homicidio * junto a un homicidio imprudente. Tal desenlace no puede contemplarse como re-

---

[251] El ej. procede de Wolter, 1981, 121, quien llega a la misma solución.

* Empleo aquí "homicidio" en sentido amplio comprensivo tb. del asesinato, que tanto en el StGB (§ 211 II) como en el CP (139.1.ª) se encuentra caracterizado (entre otras circunstancias) por la presencia de alevosía, que parece concurrir en el caso por la administración de café envenenado. Roxin habla en realidad de "Tötungsversuch", o sea, de "tentativa de matar o de muerte" (no de homicidio, en sentido estricto —"Totschlag"— ni de asesinato —"Mord"—) [N. del T.].

alización del plan de matar, porque ésta presupone la realización adecuada de un peligro creado conscientemente por el sujeto.

143 La fórmula jurisprudencial mencionada en el nm. 135 acierta en cuanto que hace depender el dolo en las desviaciones del curso causal cumulativamente de las dos condiciones de que la desviación se encuentre aún en el marco de lo adecuado y de que además no sea procedente otra valoración jurídica. Lo único erróneo es la suposición, también habitual en la tradición científica, de que ambos criterios son relevantes para la negación o afirmación de un error de tipo en el marco del § 16 I. El primer criterio (adecuación o inadecuación del curso causal) es, por el contrario, una cuestión de imputación al tipo objetivo, mientras que el segundo (la valoración jurídica) afecta a la imputación objetiva al dolo. De estas dos consideraciones dogmáticas, la primera se ha impuesto entre tanto mayoritariamente también en la ciencia; la segunda todavía espera su reconocimiento, porque la doctrina científica ni siquiera se ha dado cuenta todavía de la necesidad de una imputación objetiva al dolo independiente de la teoría del error. A ello se debe también el que la ciencia no sepa hacer útil en general la exigencia del BGH de que la desviación del curso causal, para ser irrelevante, tampoco deba justificar "otra valoración del hecho", y la mayoría de las veces la ignore tácitamente.

2. La *aberratio ictus*

144 La *aberratio ictus* (lat. = desviación de la trayectoria o del golpe) se refiere al caso en el que, a consecuencia de una desviación del curso causal, el resultado tiene lugar en un objeto de la acción diferente a aquel a que el sujeto quería alcanzar: A quiere matar de un disparo a B, pero en vez de a B alcanza mortalmente a C, que estaba al lado. La discusión tradicional sobre el tratamiento de este grupo de casos se mueve entre los polos de la teoría de la concreción y la de la equivalencia. Según la teoría de la concreción, que siguen la op. totalmente dom. en la literatura científica [252] y en principio también la jurispr. [253], el dolo presupone su concreción a un determinado objeto; si a consecuencia de la desviación se alcanza otro objeto (en el ejemplo: C), entonces falta el dolo en relación con éste. Sólo puede apreciarse por tanto una

---

[252] P.ej. Baumann/Weber, AT[9], § 27 I 1 b ß; Blei, AT[18], § 33 I 1 c; Bockelmann/Volk, AT[4], § 14 III 3 b aa; Backmann, JuS 1971, 120; Jakobs, AT[2], 8/80 s.; LK[10]-Schroeder, § 16, nm. 9; Maurach/Zipf, AT/1[8], 23/30 ss.; Otto, AT[4], § 7 VI 3 b; Schmidhäuser, LB AT[2], 10/45; Sch/Sch/Cramer[24], § 15, nm. 57; Schreiber, JuS 1985, 875; SK[5]-Rudolphi, § 16, nm. 33; Stratenwerth, AT[3], nm. 284; Wessels, AT[23], § 7 IV 2; Hettinger, GA 1990, 531; Hruschka, JZ 1991, 488. En lo esencial tb. Janiszewski, MDR 1985, 533 ss., y Silva Sánchez, ZStW 101 (1989), 352 ss. [= ADPCP 1984, 347 ss.; N. del T.], según el cual el dolo "ha de abarcar aquel riesgo que efectivamente se ha realizado en el resultado" (p. 377 = 374), pero se asignan distintas clases de riesgos a las distintas vidas empíricas (u otros objetos del bien jurídico) (pp. 374 s. = 371 s.).

[253] RGSt 2, 335; 3, 384; 19, 179; 54, 394; 58, 27; RG GA 46 (1898/99), 132 s.; BGHSt 34, 55; OLG Neustadt NJW 1964, 311.

tentativa de homicidio respecto de B y además en su caso un homicidio imprudente respecto de C. En cambio, la teoría de la equivalencia [254] parte de que el dolo sólo ha de abarcar el resultado típico en los elementos determinantes de su especie: A ha querido matar a una persona (B) y también ha matado realmente a una persona (C). La desviación del curso causal no tiene influencia en el dolo, debido a la equivalencia típica de los objetos, de modo que se puede apreciar un homicidio consumado.

Antes de entrar en la discusión de estas teorías hay que separar tres casos especiales de *aberratio ictus*, a los que se puede dar una solución unánime independientemente de la polémica entre opiniones. **145**

a) La *aberratio ictus* es de manera indiscutida siempre relevante cuando el objeto hacia el que se dirige la acción y el alcanzado no son típicamente equivalentes. Si A apunta a un jarrón muy valioso y en lugar de a éste alcanza mortalmente a B, que está al lado, evidentemente sólo hay que apreciar una tentativa de daños (§ 303) y, en su caso, un homicidio imprudente (§ 222). Lo mismo rige también cuando los objetos equivalen típicamente, pero respecto de aquel al que se dirige la acción concurre una causa de justificación, que no existe en relación con el alcanzado. RGSt 58, 27 [255]: A quiere defenderse mediante un bastonazo frente a un agresor y alcanza, debido a un error en el golpe, a su esposa B, que no intervenía en el asunto. Aquí también la teoría de la equivalencia ha de reconocer que frente al agresor concurre una tentativa de lesiones justificada, mientras que además hay que examinar si en relación con la esposa pueden apreciarse unas lesiones imprudentes. **146**

b) La *aberratio ictus* ha de excluir también la pena del delito consumado, según todas las teorías, cuando conduce a un curso causal que cae ya fuera de lo adecuado. Si A dispara sobre B, la bala no da a B, golpea en una pared, rebota y tras repetidos choques en otros objetos mata de manera totalmente imprevisible a un transeúnte a la vuelta de la esquina de la calle, desde un principio sólo se puede castigar a A, también según la teoría de la equivalencia, por tentativa de homicidio [256]. Pues si las desviaciones imprevisibles del curso causal impiden la imputación al tipo objetivo, incluso cuando el objeto al que se dirige la acción resulta finalmente alcanzado, con más razón ha de ser así cuando la desviación conduce por añadidura a la lesión de otro objeto. **147**

c) Una *aberratio ictus* excluye además, según todas las opiniones, la pena del delito consumado cuando la posibilidad de la desviación del curso causal fue abarcada por el dolo eventual del sujeto [257]. Así sucede p.ej. cuando A, al apuntar a B, ve a C, que está al lado, percibe la posibilidad de alcanzarle, pero pese a ello dispara y alcanza en efecto mortalmente a C. Entonces también la teoría de la concreción ha de admitir un homicidio consumado de C, porque **148**

---

[254] En tiempos recientes: Welzel, StrafR[11], § 13 I 3 d; Noll, ZStW 77 (1965), 5; Loewenheim, JuS 1966, 310; Puppe, GA 1981, 1; eadem, JZ 1989, 730 ss.; Kuhlen, 1987, 479 ss.

[255] Más detenidamente acerca de este caso Eser/Burkhardt, StrafR I[4], caso 9.

[256] Un caso similar trata LG München NJW 1988, 1860.

[257] AK-Zielinski, §§ 15/16, nm. 64, pretende apreciar una imputación dolosa cuando "el curso del hecho se mantiene dentro del margen de dispersión del riesgo percibido por el sujeto"; soluciona la problemática de la desviación por tanto sirviéndose ampliamente del *dolus eventualis*.

el sujeto actuó al respecto con *dolus eventualis*. Ha de admitir un dolo alternativo, en virtud del cual, conforme a la concepción aquí desarrollada (nm. 78 ss.), junto al homicidio consumado de C habría que apreciar además una tentativa de homicidio de B. Para la teoría de la equivalencia en tal caso es consecuente castigar sólo por homicidio consumado. La alternativa, base en los demás casos de la pugna entre teorías, entre tentativa e imprudencia o consumación no se da de todos modos en esta constelación.

149 Como objeto de la polémica restan por tanto sólo los casos en que la desviación afecta a un objeto protegido de igual modo típica y jurídicopenalmente, y se mantiene dentro de lo previsible según la experiencia general de la vida, pero sin embargo no es abarcada por el *dolus eventualis* del sujeto. De la teoría del "plan del hecho" aquí desarrollada en general para las desviaciones del curso causal se deriva para esta constelación una solución que discurre entre la teoría de la concreción y la de la equivalencia, pero que en el resultado al que llega está más próxima a la teoría de la concreción [258]. Por regla general el plan del hecho está tan ligado, también en una valoración objetiva, al objeto de la acción elegido por el sujeto, que ha de considerarse fracasado el hecho cuando no se alcanza a aquél. Si A quiere matar de un disparo en una pelea de taberna a su amigo B, pero en vez de a éste alcanza a su propio hijo C, el plan se ha frustrado, no sólo según el juicio subjetivo de A, sino también según parámetros objetivos. Ello sigue siendo válido también cuando el disparo no alcanza precisamente al propio hijo, sino a un tercero desconocido. Concurre en efecto entonces, respecto de la víctima muerta, una realización de un peligro y con ella una realización del tipo objetivo del § 212, que puede constituir la base de una condena por homicidio imprudente; pero la imputación del resultado al dolo no es posible por falta de realización del plan, de modo que en esa medida el resultado pretendido sólo puede motivar la punición por una tentativa.

150 Otra cosa sucede sin embargo cuando alguien, p.ej. para organizar un tumulto, quiere matar de un disparo a un manifestante cualquiera y alcanza mortalmente a uno distinto de aquel al que había apuntado. Porque aquí, pese a la desviación del curso causal, sigue concurriendo una realización del plan del hecho según un juicio objetivo (y a menudo también según el criterio del propio sujeto). Lo mismo rige cuando v.gr. un joven lanza bolas de nieve por travesura a los transeúntes y la bola no da a la víctima a la que ha apuntado, sino en la cara de un peatón que iba detrás de ésta [259]. De tales ejemplos se puede extraer la regla general de que la *aberratio ictus* no excluye la imputación

---

[258] Esta concepción se aplica por primera vez a la *aberratio ictus* en mi contribución a la Würtenberger-FS, 1977, 123 s.

[259] De acuerdo Herzberg, JA 1981, 473, que llega a soluciones muy similares sobre la base de su criterio de la "consecución del objetivo". Contra él Kühlen, 1987, 486 ss.

al dolo cuando, según el plan del hecho, la identidad de la víctima carece de relevancia; la respuesta a la pregunta de si el sujeto también habría actuado si hubiera contado con la desviación puede constituir un indicio al respecto [260]. Se puede decir por tanto: hay que darle la razón a la teoría de la concreción en la medida en que el plan del hecho presuponga un objeto concretado; si ello no es así, rige la teoría de la equivalencia. Por consiguiente, la *aberratio ictus* no es una figura jurídica autónoma, sino sólo un caso especial de desviación del curso causal y hay que tratarla conforme a las reglas de ésta; ciertamente con el distinto resultado de que una desviación ordinaria del curso causal que se halle dentro de lo adecuado es irrelevante para el dolo en la mayoría de los casos, mientras que, a la inversa, la *aberratio ictus* excluye la mayoría de las veces la imputación del resultado al dolo.

También Hillenkamp [261] ha propuesto una solución que discurre entre la teoría de la concreción y la de la equivalencia. Según su teoría, llamada por él "teoría de la equivalencia material", la *aberratio ictus* carecería de trascendencia para la imputación dolosa cuando "la individualidad del objeto de la agresión carece de trascendencia para la realización típica de que se trate y para el injusto" [262]. Tal carencia de trascendencia se produciría en todos los tipos que protegen total o prioritariamente bienes jurídicos patrimoniales, mientras que cuando el tipo sirve total o prioritariamente a la protección de bienes jurídicos altamente personales, la *aberratio ictus* excluiría la equivalencia y con ella la imputación dolosa. Esta solución está próxima en su punto de partida a la aquí defendida, pero procede de manera demasiado esquemática con la estricta bipartición entre bienes jurídicos patrimoniales y altamente personales. Es en efecto correcto que el plan del hecho requiere más un objeto de la acción individualizado en el caso de los bienes jurídicos altamente personales que en el de los patrimoniales; para el plan del hecho de quien quiere desahogar su cólera en el mobiliario de una vivienda ajena, la mayoría de las veces es objetivamente indiferente el que destroce un objeto u otro. Pero también en el caso de bienes jurídicos altamente personales puede carecer de trascendencia, aunque sea sólo excepcionalmente, la individualidad del objeto del hecho, como lo demuestran los ejemplos del nm. 150. Por otro lado, también cuando se trata de cosas el objeto concreto de la acción puede ser decisivo para el éxito del plan del hecho: a quien quiere destruir el valioso jarrón de A y en vez de al mismo alcanza el paraguas de B, que no estaba implicado en absoluto, se le debería castigar sólo por tentativa de daños [263]. **151**

Puppe [264] ha intentado recientemente, en el sentido de la teoría de la equivalencia, deducir la irrelevancia de la *aberratio ictus* previsible de la comparación con los casos de confusión del objeto de la acción *(error in obiecto)*, que es irrelevante según la op. dom. La misma demuestra que el *error in obiecto* es, en relación con la individualidad del objeto, un error sobre el curso causal, y opina que, si éste es irrelevante, la *aberratio ictus* no debería tratarse de modo distinto. Sólo que de la similitud estructural del error no se deduce que la valoración jurídica haya de ser la misma. Por el contrario, la teoría del plan del hecho permite precisamente comprender que incluso los casos clásicos de *aberratio ictus* son susceptibles de **152**

---

[260] Cfr. Rudolphi, ZStW 86 (1974), 96 s.; Roxin, Würtenberger-FS, 1977, 126; similar a aquí tb. Wolter, 1984, 123 ss. [= El sistema moderno, 1991, 124 ss.; N. del T.]; Bottke, JA 1981, 347.

[261] Hillenkamp, 1971.

[262] Aquí y en lo que sigue: Hillenkamp, 1971, 125.

[263] Crít. con Hillenkamp: Rudolphi, ZStW 86 (1974), 94 ss.; Prittwitz, GA 1983, 131; Schreiber, JuS 1985, 875; Kuhlen, 1987, 485 s.

[264] Puppe, GA 1981, 1; eadem, 1984, 120 s.; eadem, JZ 1989, 730. Crít. al respecto Hettinger, GA 1990, 531; Puppe, 1992, apoya su concepción mediante la definición del dolo como una "estrategia" idónea "para la realización del tipo".

tratamiento diferenciado, aunque la desviación, como yerro o desacierto (no alcance) del objeto al que se dirige la acción, siempre presente la misma estructura ontológica. Acerca del tratamiento del *error in obiecto*, cfr. por lo demás nm. 168 ss.

153 BGHSt 9, 240, se ocupa de un caso específico de *aberratio ictus:* la mujer A quería levantar sobre B sospechas, que eran infudadas, de hurto, mediante la manipulación de un escrito de busca y captura de la policía; las sospechas recayeron sin embargo, contra lo que era su intención, sobre la secretaria D, igualmente inocente. El BGH no resuelve la cuestión de la relevancia general de la *aberratio ictus* para la imputación dolosa, ya que el § 164 (acusación y denuncia falsas) concierne, junto a la protección del individuo, a la protección de la administración de justicia como tal y, en relación con este segundo bien jurídico, no se ha alcanzado a ningún otro objeto. "En cuanto que el hecho constituye un ataque a la administración de justicia, no supone diferencia esencial alguna, tampoco desde el punto de vista del sujeto, el que mediante su acción las sospechas recaigan finalmente sobre la persona sobre la que quiere levantar sospechas o sobre otra persona, sobre la que no previó que recayeran sospechas" (loc. cit., 242). Sería posible adherirse a lo anterior desde la doctrina aquí defendida, si verdaderamente, para el plan del hecho también en una valoración objetiva, sólo hubiera que tener en cuenta la protección de la administración de justicia. Pero el tenor literal del § 164 evidencia lo contrario, en cuanto que requiere que alguien levante sospechas sobre otro para provocar un procedimiento oficial "contra él" (¡y no contra un tercero cualquiera!). Si la ley exigiera sólo la intención de provocar un procedimiento oficial, entonces tendría razón el BGH. Pero como se requiere expresamente que la intención esté concretada hacia una determinada persona, el plan del hecho ha fracasado y no se ha cumplido el elemento de la intención cuando la sospecha recae sobre otra persona. Por tanto sólo concurrió una tentativa (impune) de falsa creación de sospechas [265].

3. El "cambio de dolo" (cambio de objeto del hecho)

154 El "cambio de dolo", al que sería más correcto denominar cambio del objeto del hecho, se refiere al caso en que el sujeto, durante la ejecución de un hecho [266], desplaza conscientemente la dirección de su agresión de un objeto a otro. El caso desempeñó antiguamente un papel especial en el § 243, cuando éste era aún un tipo cualificado autónomo: cuando alguien penetraba mediante fuerza en un lugar para sustraer un valioso anillo, pero después se apoderaba de otro objeto, se planteaba la cuestión de si había que apreciar una tentativa de hurto con fractura externa * y un hurto simple consumado (o en su caso un robo de alimentos u objetos de uso doméstico en pequeña cantidad o de escaso valor para su uso inmediato del antiguo § 370 I n.º 5 **) o sólo un único hurto con fractura externa consumado; si alguien escalaba con dolo de

---

[265] Muy discutido; como aquí Herzberg, ZStW 85 (1973), 891 s.; Krey, BT/1[9], nm. 591 ss.; LK[10]-Herdegen, § 164, nm. 30; de otra opinión p.ej. Sch/Sch/Lenckner[24], § 164, nm. 31; SK[4]-Rudolphi, § 164, nm. 32.

[266] Hillenkamp, 1971, 5, exige que ya se haya consumado una acción típica, de manera que por regla general se presupone un delito con pluralidad de actos; no está claro sin embargo por qué ello ha de ser necesario. En profundidad acerca de esta problemática Lund, 1993, 135 ss.

* Al contrario que el CP (arts. 238 ss.), el StGB no considera actualmente robo la sustracción con ánimo de lucro o apropiación de cosas muebles ajenas mediante fuerza en las cosas, sino que considera esos supuestos, junto con otros, casos especialmente graves de hurto (§ 243 I, n.ºs 1 y 2) [N. del T.].

** Este tipo *(Mundraub)*, al que llamaremos abreviadamente robo de alimentos (a veces se traduce por hurto famélico, pero esta expresión entiendo que alude a un fenómeno distinto) preveía menos pena que el hurto y, naturalmente, que el robo.

robar alimentos u objetos de uso doméstico en pequeña cantidad o de escaso valor para su uso inmediato, pero sustraía después un objeto de hurto no privilegiado, se podía discutir si había que apreciar una tentativa impune de robo de alimentos y un hurto simple consumado o en vez de esto un hurto con fractura externa consumado del § 243. La jurispr. ha declarado invariablemente irrelevante la modificación de la dirección del dolo: "Como el Reichsgericht ha manifestado permanentemente desde la sentencia RGSt 14, 313, la circunscripción de la representación a determinados objetos es inesencial para el dolo de hurto; éste sigue siendo el mismo aun cuando se reduzca, se amplíe o se modifique de cualquier otro modo en relación con el objeto del hurto en el marco de un hecho unitario" (BGHSt 9, 254).

Hillenkamp [267] ha explicado que tales casos plantean un problema general **155** de dolo no restringido al hurto y pueden ser considerados una especie de *aberratio ictus* consciente. Si se admite esta idea, habría que estar de acuerdo por regla general con la jurispr. desde la posición aquí defendida, al menos desde la equiparación de todos los objetos de apropiación mediante la supresión del tipo de robo de alimentos: si A derriba a golpes a la mujer B en el parque para robarle el bolso, pero después prefiere sustraer a la víctima inconsciente los pendientes más valiosos sólo posteriormente descubiertos [268], sigue concurriendo, en una valoración objetiva, una realización del plan original del hecho dirigido al robo de objetos de valor. El concepto de cambio de dolo, empleado por Hillenkamp, no es por tanto correcto; se trata de un cambio de objeto precisamente en el marco del mismo dolo. En el caso del ejemplo no hay que apreciar por tanto una tentativa de robo más hurto, sino un único robo consumado. Esta solución se deriva de la teoría del plan del hecho con total facilidad, mientras que para la op. dom., que en la *aberratio ictus* aprecia siempre sólo una tentativa, es difícil explicar por qué tras la concreción a un determinado objeto la desviación consciente a otro no ha de tener que influir en la imputación al dolo. Es verdad que conforme a la teoría del plan del hecho no está totalmente excluido que el cambio de objeto en el marco del mismo tipo adquiera relevancia. Si se piensa en el romántico caso en que el ladrón, después de derribar a golpes a la víctima, al contemplar a la muchacha inconsciente sucumbe a su belleza, arde de amor por ella y entonces en vez de apoderarse de las cosas de valor toma sólo ya su foto de carnet, para llevarla en adelante sobre el corazón, esto no sería ya, según parámetros normativos, una realización del plan del hecho; esa conducta exigiría "otra valoración" en el sentido de la doctrina de las desviaciones del curso causal, de modo que parece adecuado apreciar sólo una tentativa de robo (respecto de la cual concurriría un desistimiento voluntario) y un simple hur-

---

[267] Hillenkamp, 1971.
[268] Caso en Hillenkamp, 1971, 6.

to-bagatela en relación con la foto. Esta constelación de casos no modifica para nada sin embargo el dato de que en los supuestos de hecho que suelen producirse en la realidad el cambio de objeto no posee trascendencia para el dolo.

156 Aunque el cambio de objeto del hecho y la *aberratio ictus* presentan estructuralmente grandes similitudes, los resultados tienden a ser opuestos, en cuanto que la desviación del objetivo original es por regla general relevante en la *aberratio ictus* y, por el contrario, la mayoría de las veces irrelevante en el cambio de objeto del hecho. Ello no debe hacer olvidar que también en el cambio de objeto del hecho se trata sólo nuevamente de un caso algo distinto de desviación del curso causal, que ha de enjuiciarse en cuanto a su trascendencia para el dolo conforme al mismo criterio del plan del hecho. La tendencia a resultados distintos se debe a que el cambio consciente de objeto del hecho sirve generalmente a la realización mejorada del plan original, mientras que el cambio no pretendido de objeto (la *aberratio ictus)* hace fracasar el plan la mayoría de las veces.

4. El *"dolus generalis"* y casos afines

157 Con el —inexacto— concepto de *"dolus generalis"* se designa desde hace mucho tiempo [269] sucesos en dos actos, en los que el sujeto cree haber producido el resultado con la primera parte de la acción, mientras que en realidad el resultado sólo tiene lugar mediante la segunda parte de la acción, que según la representación del sujeto sólo debería servir para encubrir el hecho ya consumado anteriormente. El caso clásico es aquel en que A lesiona a B con dolo homicida, toma erróneamente por muerta a la víctima inconsciente y, para encubrir el delito, lanza el supuesto cadáver al agua, donde entonces se produce la muerte al ahogarse B. Las constelaciones de este tipo no son tan artificiales como pudiera parecer a primera vista. Aparecen en la jurispr. con múltiples variantes. Así el supuesto cadáver fue enterrado (DRiZ 1932, n.º 285), sumergido en un río (RGSt 70, 257), arrojado a una letrina (BGH MDR 1952, 16) o a un colector (BHGSt 14, 193) con resultado mortal, o fue colgado para simular un suicidio (OGHSt 1, 75) o expuesto al efecto de la emanación de gas (OGHSt 2, 285).

158 El problema en estos casos consiste en si ha de apreciarse un hecho doloso consumado o debe enjuiciarse el primer acto parcial como sólo una tentativa de homicidio, a la que a lo sumo se puede añadir un homicidio imprudente mediante la segunda parte de la acción. Hoy se reconoce que la apreciación de un hecho doloso consumado no puede, en cualquier caso, fundamentarse

[269] Por primera vez en v. Weber, Neues Archiv des Criminalrechts 7 (1825), 576 ss.; acerca de su tratamiento del problema cfr. Maiwald, ZStW 78 (1966), 32. Instructivo acerca de la situación histórica más antigua con casos ejemplificativos históricos Yamanaka, 1982, 1 ss.

en un "dolo general" *(dolus generalis)*, según el cual en casos de ese tipo "concurre un decurso unitario de la acción (homicidio encubierto), que también en la segunda parte es aún abarcado por el dolo de asesinar" [270]. El BGH dice con razón (BGHSt 14, 193) que es imposible "extender el dolo original de matar a acciones posteriores, en las que... ya no existía", con el concepto superado en la historia del Derecho de un "dolo general". La expresión *"dolus generalis"* se utiliza por tanto hoy ya sólo por razones de tradición para la caracterización del grupo de casos, pero no para su enjuiciamiento jurídico.

La jurispr. más reciente llega a la admisión de un homicidio consumado, en vez de por la vía anterior, apreciando una desviación inesencial del curso causal, posición que sigue la doc. dom. [271]. Hay que darle la razón en cuanto que el *dolus generalis,* como los grupos de casos anteriores, sólo representa una manifestación de la desviación del curso causal [272]. Sin embargo resulta precipitada la conclusión de que esa desviación es siempre inesencial. En primer lugar, se pasa a menudo por alto que el concreto curso causal puede estar en tales casos fuera de lo previsible, de modo que entonces ya no se realiza el tipo objetivo. Si p.ej. alguien carga a la víctima tomada por muerta en su automóvil para enterrarla en un lugar apartado y la víctima del atentado mortal, en verdad sólo inconsciente, pierde entonces la vida en un accidente de tráfico de camino al lugar de la inhumación, se podrá apreciar sólo una tentativa por el carácter "extravagante (aventurero)" del curso causal [273]. **159**

Pero sobre todo, incluso cuando se realice el tipo objetivo de un delito contra la vida, para la imputación al dolo habrá además que diferenciar entre si quien actúa se propuso la muerte de la víctima o si sólo se conformó con ella con agrado o a la fuerza como consecuencia accesoria [274]. Si A se propone matar a B y lo entierra estando éste inconsciente y creyéndolo muerto, de modo que muere por esta segunda acción, se habrá de contemplar el suceso, en una valoración objetiva, pese a la desviación del curso causal, como realización del plan del sujeto: A quería matar a B y además lo ha conseguido. Es verdad que la muerte se ha producido en concreto de manera algo distinta a **160**

---

[270] Así últimamente aún Welzel, StrafR[11], 74 [= PG, 1987, 108; N. del T.].

[271] Baumann/Weber, AT[9], § 26 II 4 b ß; Blei, AT[18], § 33 I 1 c; Bockelmann/Volk, AT[4], § 14 III b cc (con reservas); Dreher/Tröndle[46], § 16, nm. 7; Jescheck, AT[4], § 29 V 6 d; Lackner[20], § 15, nm. 11; H. Mayer, JZ 1956, 109 ss.; idem, StuB AT, 1967, 120; Sch/Sch/Cramer[24], § 15, nm. 58; Wessels, AT[23], § 7 IV 3; Yamanaka, 1982 (avanzando en la cuestión y con modificaciones).

[272] Tampoco cambia nada al respecto, contra lo que opina Hruschka, JuS 1982, 320, por el hecho de que el segundo acto no doloso sea una acción nueva del sujeto.

[273] Sch/Sch/Cramer[24], § 15, nm. 58; Roxin, Würtenberger-FS, 1977, 120; en cambio, en los "casos normales" de *dolus generalis* hay que afirmar la adecuación del curso causal (más detenidamente Roxin, loc. cit., 117 s.).

[274] Una fundamentación exhaustiva en mis "Gedanken zum 'Dolus Eventualis'" ("Reflexiones sobre el *'Dolus Eventualis'*"), Würtenberger-FS, 1977, 109 ss. Discusiones crít. al respecto sobre todo en Yamanaka, 1982, 10 ss.; Prittwitz, GA 1983, 114 ss.; Jakobs, AT[2], 8/79, n. 158; SK[5]- Rudolphi, § 16, nm. 35, quien sin embargo en nm. 35 a se aproxima a la concepción aquí defendida.

la pensada; pero para la realización del plan de matar eso es exactamente igual de irrelevante que otras desviaciones del curso causal (p.ej. la del caso del pilar del puente, nm. 137). La valoración varía sin embargo cuando p.ej. A quiere violar a la mujer B, la estrangula para vencer su resistencia y sólo se conforma de mala gana con *dolus eventualis* con la muerte de la mujer, en cuya evitación tiene esperanzas. Si en tal situación el sujeto toma erróneamente por muerta a la mujer inconsciente, quizá realiza incluso intentos de reanimación aparentemente infructuosos y entonces la entierra con efecto letal, eso ya no es, no sólo desde el punto de vista del sujeto, sino tampoco según parámetros objetivos, la realización del plan del hecho, sino una desgracia lamentable: el plan del hecho incluía el homicidio de B sólo en tanto fuera necesario para el éxito de la violación; por lo demás el mismo estaba dirigido a la evitación de la muerte.

161 La apreciación de la jurispr. de que en los casos de *dolus generalis* concurre una desviación inesencial del curso causal es por tanto también correcta en caso de previsibilidad del curso causal sólo cuando la acción del sujeto está guiada por el ánimo o intención de matar. Incluso entonces debe hacerse aún una pequeña restricción: debe tratarse de un ánimo o intención de matar no revisado [275]. Si A quiere matar a B, pero se arrepiente cuando ve a la víctima inconsciente tendida ante sí, abandona desde entonces su intención e intenta devolver a la víctima el conocimiento, toma erróneamente por infructuosos estos esfuerzos y en vista de ello entierra resignado a la víctima y sólo entonces la mata, el mismo ha renunciado al plan de asesinato en el estadio de la tentativa, de modo que la posterior causación de la muerte ya no puede contemplarse como realización del plan original, ya no vigente en absoluto, de matar y por tanto no puede ser ya tampoco imputada al dolo. De todos modos casi todos los supuestos de hecho de los que se ha ocupado hasta ahora la jurispr. han sido casos de intención no revisada de modo que el resultado coincide por tanto con la concepción aquí defendida. Sin embargo, BGHSt 14, 193, apreció para la constelación del *dolus generalis* un homicidio consumado expresamente también en caso de dolo meramente eventual del sujeto: "Pues la diferencia entre ambas clases de dolo... no modifica... el hecho de que la medida en que el verdadero curso causal se desvió de la representación del acusado es pequeña y sin trascendencia jurídica." Esto no es de recibo: precisamente de esa diferencia depende la valoración jurídica.

162 Hay que rechazar por el contrario la concepción que pretende apreciar en la constelación del *dolus generalis* sin excepción sólo una tentativa y, en su caso, un hecho imprudente [276]. La misma se apoya sobre todo en la apreciación de que el

[275] Más detenidamente Roxin, Würtenberger-FS, 1977, 124 s.

[276] Antiguamente sobre todo: Engisch, 1930, 72; Frank, StGB, [18]1931, § 59 nm. IX 2. Hoy: Backmann, JuS 1972, 199; Hruschka, JuS 1982, 319 s.; Maiwald, ZStW 78 (1966), 30 ss.; Maurach/Zipf,

dolo ha de "darse en el momento del hecho" [277] y falta por tanto en el verdadero acto de matar: "Se le supone al sujeto en este caso por tanto un dolo ya extinguido" [278]. Esto es incorrecto, pues no es necesario que el dolo concurra durante todo el suceso, sino sólo en el momento en que el sujeto abandona el control del curso causal (nm. 76). En el *dolus generalis* se imputa al sujeto la muerte de la víctima como consecuencia adecuada de su primera acción abarcada por el dolo; y eso basta también para la imputación al dolo, en cuanto que el resultado se sigue presentando como realización del plan del sujeto [279].

Más cercana a la solución derivada de la teoría del plan del hecho resulta **163**
la apreciación de que la decisión entre consumación o tentativa depende de si la determinación de realizar la segunda acción fue tomada de antemano o sólo a raíz del primer acto: "Sólo cuando la resolución de deshacerse de la víctima se toma después de la supuesta muerte hay tentativa de homicidio en concurso real con homicidio imprudente" [280]. Esto conduce a menudo a los resultados por los que aquí se aboga, por la razón de que quien actúa en el primer acto con ánimo o intención de matar la mayoría de las veces planeará de antemano también el segundo acto, ya que ha de deshacerse del cadáver; en cambio, quien sólo posee dolo eventual respecto de un homicidio en el primer acto y tiene la esperanza de que la víctima sobreviva no se preocupará aún por regla general de lo que habrá de hacer con el cadáver en caso de muerte de la víctima [281]. Pero ambos principios basados en la experiencia son refutables en el caso concreto, y por tanto induce a error atender al momento de la decisión de deshacerse del cadáver; pues ni la previsibilidad del segundo acto depende en general de si ya estaba planeado en el momento del primer acto [282], ni el segundo acto se presenta como realización del peligro creado por el primer acto únicamente cuando estaba planeado de antemano [283].

Schroeder [284] pretende apreciar un hecho consumado sólo cuando la pri- **164**
mera acción ya habría conducido a la muerte por sí sola: "Por tanto si la

---

AT/1⁸, 23/33 ss.; Schmidhäuser, LB AT², 10/46; Frisch, 1987, 620 ss.; Hettinger, Spendel-FS, 1992, 237. Para el caso normal tb. Jakobs, AT², 8/78.

277 Engisch, 1930, 72.

278 Maurach/Zipf, AT/1⁸, 23/35.

279 No se opone a esta construcción el hecho de que el segundo acto sea simultáneamente un homicidio imprudente, de modo que el sujeto resulta respecto del mismo resultado culpable de un homicidio doloso y de uno imprudente (que cede como subsidiario); de otra opinión Hruschka, JuS 1982, 320.

280 Welzel, StrafR¹¹, 74 [= PG, 1987, 109; N. del T.]; muy similar Preisendanz³⁰, § 16, nm. 5 b; SK⁵-Rudolphi, § 16, nm. 35 a; Stratenwerth, AT³, nm. 281 s.

281 Señala tb. la similitud en los resultados SK⁵-Rudolphi, § 16, nm. 35 a.

282 Así sin embargo Stratenwerth, AT², 1976, nm. 297; más cauto ahora idem, AT³, nm. 282; más detenidamente al respecto Roxin, Wütenberger-FS, 1977, 116 ss.

283 Así sin embargo SK⁵-Rudolphi, § 16, nm. 35.

284 LK¹⁰-Schroeder, § 16, nm. 31.

víctima estaba ya mortalmente herida, la aceleración de la muerte por un enterramiento o inmersión no puede excluir el dolo; si por el contrario la primera acción no era idónea en concreto para producir el resultado, entonces falta el dolo en el hecho." Sólo que: idónea en concreto para producir el resultado lo es cualquier acción que pone en marcha un curso causal adecuado; sólo puede ser decisivo el dato de si un curso causal previsible sigue estando dentro del plan del hecho.

165 También hay que tratar conforme a las reglas de la desviación del curso causal el caso inverso cercano al del *dolus generalis* en que el sujeto produce ya el resultado con un primer acto fundamentador de una tentativa, aunque este resultado debería, según la representación del sujeto, producirse sólo mediante un segundo acto. Un ejemplo lo proporciona RG DStR 1939, 177: quien actúa quiere aturdir a golpes a la víctima antes de matarla, pero la mata ya así. O: al apuntar con el revólver se escapa ya el disparo mortal que el sujeto quería disparar inmediatamente después; la víctima que se opone a su ejecución pierde la vida en la riña que se produce por ello (BGH GA 1955, 123). Aquí hay que apreciar con la jurispr. y la op. dom. [285] una desviación inesencial del curso causal y por tanto un homicidio consumado. Pues lo acontecido sigue presentándose, en una valoración objetiva, como realización del plan del hecho. La opinión contraria [286], que cree que sólo se puede admitir una tentativa, en concurso real en su caso con la producción imprudente del resultado, se apoya sobre todo en el argumento de que, de otro modo, se cortaría prematuramente al sujeto la posibilidad de desistimiento. Pero si cualquier fracaso prematuro corta la posibilidad de desistimiento, con más razón ha de poder hacerlo la producción del resultado [287]. Ahora bien, es siempre presupuesto de la pena por delito consumado el que el resultado sea provocado por una acción de tentativa. Cuando ya un acto preparatorio produce el resultado (al limpiar la escopeta se escapa el disparo mortal planeado para más tarde), sólo cabe plantear un homicidio imprudente, porque falta un dolo jurídicopenalmente relevante, que ha de concurrir como mínimo al principio de la acción ejecutiva (cfr. nm. 75 s.).

166 Otro grupo de casos muy similar a la constelación del *dolus generalis,* a menudo incluso agregado sin más a ella, es aquel en que el sujeto entra durante

---

[285] Cfr. simplemente Maurach/Zipf, AT/1[8], 23/36; Sch/Sch/Cramer[24], § 15, nm. 55; SK[5]-Rudolphi, § 16, nm. 34; Stratenwerth, AT[3], nm. 283.

[286] Sobre todo LK[10]-Schroeder, § 16, nm. 34; Herzberg, ZStW 85 (1973), 883; Hruschka, JuS 1982, 320 s.; similar Wolter, ZStW 89 (1977), 697 ss., quien afirma la punición por tentativa, pero no admite desistimiento; Jakobs, AT[2], 8/76; Frisch, 1987, 623.

[287] Sólo se puede tratar en el marco de la teoría del desistimiento la cuestión de si sigue siendo posible el desistimiento mientras no se haya producido aún el resultado (la víctima se muere de manera imprevista ya a consecuencia de la primera de múltiples administraciones de veneno, desistiendo sin embargo voluntariamente el sujeto tras el primer suministro de veneno antes de que se produzca la muerte).

la ejecución del hecho en un estado de inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad en el que produce el resultado. El sujeto golpea p.ej. a la víctima con el martillo con intención de matar de una manera que no resulta al principio mortal y entra por ello en un delirio a la vista de la sangre excluyente de la imputabilidad, en el que produce la muerte mediante ulteriores golpes (BGHSt 7, 325); o ya al sacar el cuchillo con el que quiere apuñalar a la víctima cae en una "amnesia pasional" y la mata en este estado mediante treinta y ocho cuchilladas (BGHSt 23, 133). Tales casos se distinguen de la situación "clásica" del *dolus generalis* sólo en que el sujeto actúa en la segunda parte de la acción no sin dolo, sino sin culpabilidad según el § 20.

La jurispr. y la doc. dom. observan acertadamente aquí sólo una desviación 167
inesencial del curso causal y castigan por delito consumado [288]. Pues el advenimiento de la inimputabilidad no escapa en tales casos la mayoría de las veces a la experiencia de la vida (cuando excepcionalmente sí escape, cabrá sólo plantear una tentativa) y no modifica tampoco el hecho de que el sujeto realiza su plan. Su estado de consciencia en el estadio final de la ejecución es irrelevante para la valoración jurídica si el resultado se corresponde con el proyecto original del sujeto. No obstante, en correspondencia con lo expresado en el nm. 165, también aquí debe exigirse que el sujeto sea aún imputable al comienzo de la tentativa. Si alguien toma la decisión de matar y ya en la fase preparatoria entra en un "estado epiléptico", en el que a continuación comete el hecho, no ha poseído durante el estadio de ejecución en ningún momento un dolo culpable y no puede ser castigado (BGHSt 23, 356) [289], pues falta una realización responsable del plan.

5. El *error in obiecto* (o *error in persona)*

Por *error in obiecto* (a menudo en forma de *error in persona)* se entiende 168
tradicionalmente una confusión del objeto del hecho. El ejemplo históricamente más conocido lo proporciona el caso Rose-Rosahl, juzgado por el Tribunal Supremo de Prusia [290]:

Ejemplo 1: El trabajador Rose fue inducido por su patrón, el tratante de maderas Rosahl, a matar de un disparo al carpintero Schliebe. Rose se puso emboscado al acecho (el 11-9-1858) por la noche después de las 21 horas. En la oscuridad tomó erróneamente por Schiebe al estudiante de diecisiete años Harnisch y lo mató de un disparo. Cuando poco después apareció en el lugar de los hechos Schliebe y encontró el cadáver, sospechó enseguida que la bala estaba destinada a él. Así se esclareció el asesinato.

---

[288] De otra opinión sobre todo LK[10]-Schroeder, § 16, nm. 33, según el cual concurriría "por regla muy general sólo una tentativa"; Jakobs, AT[2], 8/76; Geilen, Jus 1972, 74, 76 ss., pretende apreciar tentativa al menos en caso de estado pasional no provocado culpablemente en el sentido del § 20.

[289] Con dudas Geilen, Maurach-FS, 1972, 194 s.

[290] Tribunal Supremo de Prusia, GA 7 (1859), 332 ss.; exhaustivamente al respecto Bemmann, MDR 1958, 817 ss.; Alwart, JuS 1979, 351 ss. Una constelación del todo análoga trata ahora BGHSt 37, 214; cfr. al respecto nm. 175, n. 303.

Un ejemplo de similar espectacularidad contiene BGHSt 11, 268:

Ejemplo 2: M había intentado con dos compinches un robo. Los tres portaban armas y habían acordado que incluso se dispararía sobre personas si se corría el peligro de detención de uno de los intervinientes. Al retirarse, M percibió a una persona detrás de él, la tomó por un perseguidor y disparó sobre ella con intención de matarla: El supuesto perseguidor era sin embargo uno de los dos compinches de M; resultó herido.

169 La opinión hoy dominante se apresura a afirmar que tal error en la persona de quien actúa de modo inmediato es irrelevante, que por tanto Rose y M (suponiendo que el compinche hubiera muerto) deben ser castigados por homicidio doloso consumado. Los tribunales también fallaron así. La fundamentación de este resultado evidente es sin embargo menos unánime. La popular tesis de que sólo es necesario que el dolo abarque las circunstancias del hecho en la cualidad propia de su especie (el sujeto quería matar a una persona y mató a una persona; actuó por tanto dolosamente) no es sostenible si se califica de relevante con carácter general la *aberratio ictus,* como sucede aquí y como también defiende la op. dom.; pues también en ella la muerte de una persona es abarcada por el saber y el querer del sujeto, sin que se haya de proceder a una imputación dolosa [291]. Por el contrario, hay que fijarse en que el sujeto, de manera distinta a en la *aberratio ictus,* ha alcanzado a la persona concreta a la que había apuntado; ha de verse ahí una individualización de la representación del sujeto en un objeto concreto de la acción, que fundamenta una imputación dolosa. Aplicando el criterio de la realización del plan se llega a la solución de que el plan del sujeto —sin perjuicio de su representación desviada de la identidad— se ha realizado ya, según parámetros normativos, cuando quien actúa alcanza a la víctima concreta a la que había apuntado. Se ha de considerar por tanto decisivo para la valoración jurídica únicamente el conocimiento del sujeto de la situación del objeto en el momento del hecho e irrelevante según parámetros objetivos su representación errónea de la identidad de la víctima.

170 Esto no es tan evidente como se estima hoy. Se ha de admitir que el *error in persona* estructuralmente "es también una clase de error en el curso causal" [292] y por tanto se diferencia de la *aberratio ictus* menos de lo que casi siempre se sostiene. Si se tomara por base la representación del sujeto acerca de la identidad (quiero matar a Schliebe o a un perseguidor), concurre desde todo punto de vista una desviación del curso causal respecto de ella, cuando se alcanza "al que no es". La misma sólo deja de producirse cuando exclusivamente la individualización según la situación del objeto en el momento del hecho se convierte en la base de la apreciación de que el sujeto ha alcanzado

---

[291] Este argumento sirve tb. reiteradamente a los defensores de la opinión minoritaria para la fundamentación de la irrelevancia de la *aberratio ictus;* ha sido recuperado últimamente por Puppe, GA 1981, 1 ss., con agudas explicaciones.

[292] Puppe, GA 1981, 17.

lo que quería. Ello presupone sin embargo una valoración previa, de modo que la irrelevancia del *error in persona* no es algo necesario desde el punto de vista lógico o categórico, sino resultado de la interpretación teleológica, que también podría resultar de otra manera. Si no se considerara objetivamente decisiva la representación del sujeto sobre la situación del objeto de la acción en el momento del hecho, sino su representación sobre la identidad personal de la víctima, resultaría que en un *error in persona* el plan habría fracasado y sólo habría de apreciarse una punición por tentativa. No en vano un autor de la importancia de v. Liszt consideró hasta el final [293] relevantes tanto el *error in persona* como la *aberratio ictus* "cuando la previsión del verdadero curso habría apartado al sujeto de la comisión del hecho". En el caso en que A quiere matar a su enemigo a muerte E, pero en la oscuridad toma por E a su propio hijo F y lo mata, el mismo consideraba "errónea" la apreciación de un delito consumado doloso.

No obstante, en los casos clásicos de *error in persona,* como los que sirven **171** de base a los ejs. 1 y 2, hay que admitir con la op. absolutamente dom. su irrelevancia para quien actúa de modo inmediato. Pues, cuando el sujeto ve ante sí a una persona concreta y la mata a tiros exactamente de la manera planeada, el apreciar que el mismo sólo ha intentado el homicidio planeado y que no lo ha consumado además contradiría el contenido de significado social del suceso, del que las construcciones jurídicas tampoco se deben desligar sin necesidad. El fijarse en el objeto percibido sensorialmente y al que se apunta pasa a primer plano en la imputación dolosa de manera tan evidente que otros criterios (como la identidad u otras propiedades de la víctima) pasan a segundo término como irrelevantes. Además tampoco hay, aparte de la individualización de la situación del objeto en el momento del hecho, otro criterio de concreción que resulte convincente. Pues el atender a la identidad personal del objeto (lo que es difícilmente realizable por lo demás cuando se trata de cosas) sólo desplazaría el problema. Si p.ej. A quiere matar a su rival y dispara sobre X, al que erróneamente toma por tal, la individualización se extendería a la identidad personal de la víctima; pero dado que la verdadera intención del sujeto se refería a matar a tiros a un rival, todavía se podría considerar relevante su error. Pero esto subjetivizaría la valoración jurídica en una medida peligrosa para la seguridad jurídica y la igualdad de trato. La vinculación de la imputación dolosa a la situación del objeto de la acción en el momento del hecho resulta por tanto normativamente adecuada en el caso normal que tradicionalmente se maneja, de modo que hay que darle la razón a la opinión unánime.

---

[293] v. Liszt, StrafR, [21/22]1919, 170 s [=Tratado II, 2.ª ed. españ., 1927, 407; N. del T.].

172 No resulta en cambio tan evidente la vinculación de la valoración jurídica a la representación del sujeto del lugar del hecho cuando aquél ya no percibe visualmente el objeto [294].

Ejemplo 3: A fija bajo el coche de B un artefacto o "máquina infernal" que explota al arrancar el coche. A quiere matar de este modo a B. Contra lo que esperaba A, no viaja con el coche B, sino su chófer C; éste halla la muerte en la explosión.

Si se parte de la individualización según el lugar y el momento del hecho, hay que apreciar aquí también un *error in persona* irrelevante: A quería hacer saltar por los aires al ocupante del coche y así sucedió también. Por otro lado el caso se aproxima más a la *aberratio ictus* que los ejemplos de partida 1 y 2, porque aun después del comienzo de la tentativa (la colocación de la bomba) el suceso externo se ha "torcido". Para la valoración jurídica es lógico por tanto abandonar el punto de conexión de la percepción del objeto en el lugar del hecho, que, por falta de base visual, sólo puede ser una representación, en favor de la "representación intelectual de la identidad" y apreciar sólo una tentativa junto a un homicidio imprudente. Ello puede tener lugar bien apreciando un *error in persona* relevante en tales casos, o bien mediante la interpretación de tal supuesto de hecho como *aberratio ictus* [295]. A pesar de ello es preferible seguir manteniendo aquí también la imputación del resultado al dolo y apreciar por tanto un *error in persona* irrelevante y un hecho consumado. Porque el que C, que está sentado en el coche, muera porque A le lance una bomba creyendo que se trata de B, o, por el contrario, porque A haya fijado la bomba al automóvil suponiendo que B y no C montaría en el coche, es una diferencia tan sutil que no comporta aún un enjuiciamiento jurídico diferente [296].

173 En cambio, el *error in persona* adquiere relevancia, en contra de la doc. dom., allí donde la lesión del bien jurídico no consiste en un menoscabo material del objeto de la acción, sino que está únicamente en la esfera ideal.

Ejemplo 4: A llama por teléfono a B para injuriarle. Debido a que se equivoca al marcar o porque coge el teléfono otra persona, C descuelga el auricular y ha de escuchar las injurias pronunciadas por A.

En estos casos del telefóno susceptibles de múltiples variaciones [297] ha de apreciarse un *error in persona* sobre la base de la delimitación tradicional. Pues A dirigió sus palabras al concreto interlocutor al otro lado de la línea, y además le han llegado a éste. Por tanto, a partir de la estructura externa, es consecuente que el KG [298] apreciara unas injurias consumadas y que la litera-

---

[294] Puppe, GA 1981, 4; Herzberg, JA 1981, 472 s. Prittwitz, GA 1983, 128, pretende excluir la pena del delito consumado sólo "cuando la lesión del bien jurídico acaecida no se produce en el objeto de la agresión percibido sensorialmente por el sujeto". Contra Prittwitz Kuhlen, 1987, 489 ss.

[295] Esta es la vía que sigue Herzberg, JA 1981, 473.

[296] En el resultado al que llega, como aquí Prittwitz, GA 1983, 130.

[297] Cfr. acerca de ellos simplemente Hillenkamp, 1971, 42 ss.; Puppe, GA 1981, 4; Backmann, JuS 1971, 119.

[298] KG GA 69 (1919), 117.

tura científica le siga ampliamente en ello [299]. Pero la situación en el espacio del destinatario ya no es adecuada aquí como punto normativo de conexión para la concreción del dolo. Mientras que el tiro disparado sobre una persona a consecuencia de una confusión alcanza a ésta realmente y provoca la lesión de un bien jurídico, la injuria lesiona un derecho o pretensión altamente personal al respeto y en todos los casos sólo puede "alcanzar" a aquel para quien está pensada o diseñada.

El digno caballero que acude al teléfono y, a consecuencia de un error al 174 marcar, le espetan las palabras "mujerzuela asquerosa" [300] no es injuriado por las palabras, que van dirigidas a otra persona, y tampoco se sentirá "alcanzado", sino que reaccionará más bien con serenidad o en cualquier caso como se hace cuando uno oye casualmente cómo injurian a otro. En las injurias por tanto sólo puede servir como criterio de la realización del plan por regla general la identidad entre el destinatario y la representación del autor; si no se da, existe únicamente una tentativa impune [301]. En tales casos el error es por tanto relevante [302]. Que se hable de un *error in persona* relevante o de una *aberratio ictus* es sólo una cuestión terminológica. Lo decisivo no son estos conceptos delimitables de esta o de otra manera, sino la circunstancia de que falte, según parámetros normativos, la realización del plan y que por ello no tenga lugar la imputación del resultado al dolo. Hasta dónde poseen validez por lo demás en el caso de bienes jurídicos inmateriales los parámetros de imputación vigentes para las injurias es algo que precisa aún de ulteriores análisis pormenorizados.

Se discute vivamente la cuestión de si el *error in persona* que es irrelavante 175 para quien actúa de modo inmediato tampoco posee influencia en el enjuiciamiento jurídico de sujetos de atrás (autores mediatos, coautores, inductores y cómplices). Se trata por tanto de si en el ej. 1 (nm. 168) se puede castigar al inductor Rosahl por inducción al homicidio consumado y de si en el ej. 2 los dos coautores de M (incluido el propio herido) son culpables de una tentativa de homicidio. La jurispr. así lo afirma [303], hace por tanto irrelevante el *error*

---

299 Una *aberratio ictus* concurriría según la delimitación tradicional sólo en el caso poco frecuente en que, debido a un desorden en los hilos telefónicos, la injuria vaya a parar a otra línea y a un destinatario equivocado. Cfr. Klee, GA 69 (1919), 117; Hillenkamp, 1971, 43 s.

300 Herzberg, JA 1981, 474 s.

301 Sólo rige algo distinto aquí, como en los demás casos, cuando, según el plan del sujeto, carece de importancia la persona del destinatario. Quien quiere injuriar a una mujer desconocida con alusiones sexuales ofensivas, cumple su plan tb. cuando se equivoca al marcar el número escogido al azar y da con otra mujer. Cfr. Herzberg, JA 1981, 475.

302 Así tb. Herzberg, JA 1981, 474 s., cuyas soluciones enlazan parcialmente con el criterio aquí propuesto de la realización del plan y lo han desarrollado de manera constructiva.

303 Tb. recientemente otra vez en BGHSt 37, 214, en polémica con la opinión contraria defendida, entre otros, por mí; al respecto más detenidamente LK[11]-Roxin, § 26, nm. 91 ss. Esta sentencia ha provocado tb. una gran discusión: Bemmann, Stree/Wessels-FS, 1993, 397; Geppert, Jura 1992, 163; Küpper, JR 1992, 294; Mitsch, Jura 1991, 373; Müller, MDR 1991, 830; Puppe, NStZ 1991, 124;

in persona no sólo para el autor inmediato, sino para todos los intervinientes en el hecho. Sin embargo, con una opinión creciente en la literatura científica, también en los sujetos de atrás se ha de considerar decisiva para su plan la representación del autor mediato o coautor, del inductor o cómplice sobre la identidad. Pues en cuanto el acuerdo entre distintos intervinientes se refiere a personas concretas, el plan de quien no es el ejecutor inmediato, que a menudo no conoce o sólo conoce de manera imprecisa el lugar y el momento de la acción, sólo se puede concretar con ayuda de sus representaciones acerca de la identidad. Eso significa que los planes del inductor o de los coautores en los ejs. 1 y 2 han fracasado por igual; hay que castigar por tanto a Rosahl en el ej. 1 sólo por tentativa de inducción (§ 30 I) y a los coautores en el ej. 2 sólo por conspiración para delinquir (§ 30 II). Los pormenores más concretos se habrán de examinar en conexión con la teoría de la autoría y la participación.

176 Finalmente, es relevante de manera indiscutida el *error in obiecto* cuando los dos objetos confundidos no equivalen típicamente entre sí. Si A mata a tiros a una persona a la que ha tomado por un espantapájaros, se trata entonces de una tentativa de daños en unidad de hecho (concurso ideal) con homicidio imprudente; ello se deriva de la teoría del error (§ 16) y no es un problema de imputación al dolo. Lo mismo rige cuando el sujeto da como castigo unos azotes en la oscuridad a consecuencia de una confusión al niño del vecino en lugar de a su propio hijo. Aquí concurre un error sobre los presupuestos de una causa de justificación (del derecho de corrección); el padre puede castigar (corregir) al hijo propio, pero no a los niños ajenos. Si con la op. dom. se trata por analogía con el § 16 tal error como excluyente del dolo (más detenidamente § 14, nm. 51 ss.), entonces sólo se pueden apreciar en este caso por tanto, con independencia de las reglas de la imputación dolosa, unas lesiones imprudentes causadas al niño ajeno [304].

Roxin, JZ 1991, 680; idem, Spendel-FS, 1992, 289; Schlehofer, GA 1992, 307; Sonnen, JA 1991, 103; Stratenwerth, Baumann-FS, 1992, 57; Streng, JuS 1991, 910; Weßblau, ZStW 104 (1992), 105.

[304] Acerca de la "equivalencia de los objetos confundidos" más detenidamente Warda, Blau-FS, 1985, 159 ss., quien señala acertadamente que quien actúa ha de conocer tb., para que el error sea irrelevante, "la propiedad fundamentadora de la equivalencia del presuntamente atacado" (p. 163). Si el sujeto abusa "de la de trece años A creyendo que se trata de... la muchacha B, en realidad de la misma edad, pero que él cree de quince años", falta el dolo para condenar por el § 176 [abuso sexual de niños] (p. 162).

§ 13. El consentimiento

Bibliografía: Keßler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, 1884; Pfersdorff, Die Einwilligung des Verletzten als Strafausschließungsgrund, tes. doct. Straßburg, 1897; Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99 (1906), 1; Gerland, Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden, VDA t. II, 1908; Honig, Die Einwilligung des Verletzten, 1919; Traeger, Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgründe im zukünftigen Strafrecht, GerS 94 (1927), 192; Schrey, Der Gegenstand der Einwilligung des Verletzten, Str. Abh. 248, 1928; Engisch, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW 58 (1939), 1; Schlosky, Die Einwilligung des Verletzten in die Begehung einer Straftat, DStR 1943, 19; Haefliger, Über die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, SchwZStr 67 (1952), 92; Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, tes. doct. Kiel, 1953; Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954, 262; Eb. Schmidt, Schlägermensur und Strafrecht, JZ 1954, 369; Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; Firnhaber, Rechtsgeschäft und Einwilligung bei Vermögensdelikten, tes. doct. Bonn, 1956; Stratenwerth, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956), 41; Baumann, Körperverletzung oder Freiheitsdelikt, NJW 1958, 2092; Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959 (²1970); Boehmer, Zum Problem der "Teilmündigkeit" Minderjähriger, MDR 1959, 705; Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf, ZStW 72 (1960), 42; Kohlhaas, Strafrechtlich wirksame Einwilligung bei Fahrlässigkeitstaten?, DAR 1960, 348; Lenckner, Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, ZStW 72 (1960), 446; Grünwald, Die Aufklärungspflicht des Arztes, ZStW 73 (1961), 5; Bockelmann, Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten, JZ 1962, 525; Hirsch, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962), 78; Geilen, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, 1963; Roxin, Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964, 371 (= Grundlagenprobleme, 184); Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 (1965), 1; Roxin, Die strafrechtliche Beurteilung der einverständlichen Sterilisation, Niedersächsisches Ärzteblatt 1965, 165; Engisch, Die Strafwürdigkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung, H. Mayer-FS, 1966, 399; Schuknecht, Einwilligung und Rechtswidrigkeit bei Verkehrsdelikten, DAR 1966, 17; Bickelhaupt, Einwilligung in die Trunkenheitsfahrt, NJW 1967, 713; Bockelmann, Das Strafrecht des Arztes, 1968; Kohlhaas, Die rechtfertigende Einwilligung bei Körperverletzungstatbeständen, NJW 1968, 2348; Berz, Die Bedeutung der Sittenwidrigkeit für die rechtfertigende Einwilligung, GA 1969, 145; Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970; Kientzy, Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers, 1970; Langrock, Zur Einwilligung in die Verkehrsgefährdung, MDR 1970, 982; Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970 (²1973); Zipf, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970; Geppert, Rechtfertigende "Einwilligung" des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr?, ZStW 83 (1971), 947; Sax, Bemerkungen zum Eigentum als strafrechtliches Schutzgut, Laufke-FS, 1971, 321; Dreher, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Heinitz-FS, 1972, 207; Roxin, Recens. de Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil I (¹1971), ZStW 84 (1972), 993; R. Schmitt, Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst?, Maurach-FS, 1972, 113; Trockel, Die Einwilligung Minderjähriger in den ärztlichen Heileingriff, NJW 1972, 1493; Langer, Die falsche Verdächtigung, 1973; Roxin, Recens. de Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag (1972), ZStW 85 (1973), 76; Hirsch, Einwilligung und Selbstbestimmung, Welzel-FS, 1974, 775; Arm. Kaufmann, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Welzel-FS, 1974, 397; Roxin, Über die mutmaßliche Einwilligung, Welzel-FS, 1974, 447; Rudolphi, Recens. de Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung (1970), ZStW 86 (1974), 82; Schaffstein, Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Welzel-FS, 1974, 557; Kunst, Ärztliche Heil-

behandlung und Einwilligung des Verletzten, ÖRiZ 1975, 33; Sax, "Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung, JZ 1976, 9, 80, 429; Zipf, Zur Einwilligung im neuen Strafrecht, insbesondere beim Zusammentreffen mehrerer Rechtsgüter in einem Straftatbestand, ÖRiZ 1976, 192; Burgstaller, Zur Einwilligung im Strafrecht, ÖRiZ 1977, 1; Zipf, Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht, ÖJZ 1977, 379; Hirsch, Zur Rechtsnatur der falschen Verdächtigung, Schröder-GS, 1978, 307; R. Schmitt, § 226 a ist überflüssig, Schröder-GS, 1978, 263; Dach, Zur Einwilligung bei Fahrlässigkeitsdelikten, tes. doct. Mannheim, 1979; Horn, Der medizinisch nicht indizierte, aber vom Patienten verlangte ärztliche Eingriff - strafbar?, JuS 1979, 29; Kühne, Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts, JZ 1979, 241; Rüping, Körperverletzung, Einwilligung und Heileingriff, Jura 1979, 90; Amelung/Pauli, Einwilligung und Verfügungsbefugnis bei staatlichen Beeinträchtigungen des Fernmeldegeheimnisses, MDR 1980, 801; Bichlmeier, Die Wirksamkeit der Einwilligung in einem medizinisch nicht indizierten ärztlichen Eingriff, JZ 1980, 53; Lenckner, Einwilligung in Schwangerschaftsabbruch und Sterilisation, en: Eser/Hirsch, Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch, 1980, 173; Wimmer, Die Bedeutung des zustimmenden Willens und anderer positiver Stellungsnahmen des Berechtigten sowie die Wirkung seiner Täuschung bei ausgewählten strafrechtlichen Deliktsdefinitionen, 1980; Amelung, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981; Bockelmann, Der ärztliche Heileingriff in Beiträgen zur Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaft im ersten Jahrhundert ihres Bestehens, ZStW 93 (1981), 105; Klug, Konfliktlösungsvorschläge bei heimlichen Tonbandaufnahmen zur Abwehr krimineller Telefonanrufe, Sarstedt-FS, 1981, 101; H. Schünemann, Einwilligung und Aufklärung von psychisch Kranken, VersR 1981, 306; Amelung, Die Zulässigkeit der Einwilligung bei den Amtsdelikten, Dünnebier-FS, 1982, 487; Arzt, Der strafrechtliche Ehrenschutz - Theorie und praktische Bedeutung, JuS 1982, 717; Rüping, Therapie und Zwang bei untergebrachten Patienten, JZ 1982, 744; Amelung, Die Einwilligung des Unfreien, ZStW 95 (1983), 1; Bohnert, Die Willensbarriere als Tatbestandsmerkmal des Hausfriedensbruchs, GA 1983, 1; Ensthaler, Einwilligung und Rechtsgutspreisgabe beim fahrlässigen Delikt, tes. doct. Göttingen, 1983; Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; Horn, Strafbarkeit der Zwangssterilisation, ZRP 1983, 265; Janiszewski, Überblick über im 1. Quartal 1983 bekannt gewordene Entscheidungen in Verkehrsstraf- und Bußgeldsachen, NStZ 1983, 256; Arm. Kaufmann, Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, Klug-FS, t. II, 1983, 277; Bloy, Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie? Überlegungen zur Reichweite des Tatbestandes des § 239 Abs. 1 StGB, ZStW 96 (1984), 703; Dölling, Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, GA 1984, 71; M.-K. Meyer, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984; Roxin, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, Noll-GS, 1984, 275; Amelung, Probleme der Einwilligung in strafprozessuale Grundrechtsbeeinträchtigungen, StrV 1985, 257; Eser, Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht, ZStW 97 (1985), 1; Kamps, Datenschutz und ärztliche Schweigepflicht in Psychiatrischen Landeskrankenhäusern, MedR 1985, 200; Schlehofer, Einwilligung und Einverständnis. Dargestellt an der Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung, 1985; Schmitt, Körperverletzungen beim Fußballspielen, 1985; Schmitt, Ärztliche Entscheidungen zwischen Leben und Tod in strafrechtlicher Sicht, JZ 1985, 365; Spendel, Rechtsbeugung im Jugendstrafverfahren, JR 1985, 485; Deutsch/Hartl/Carstens (eds.), Aufklärung und Einwilligung im Arztrecht (ESA). Entscheidungssammlung deutscher Urteile seit 1894, 1986; Küper, "Autonomie", Irrtum und Zwang bei mittelbarer Täterschaft und Einwilligung, JZ 1986, 219; Laufs, Arzt und Recht im Wandel der Zeit, MedR 1986, 163; Schumann, Strafrechtlicher Handlungsunwert und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986; H.-D. Weber, Der zivilrechtliche Vertrag als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht, 1986; Weigend, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, ZStW 98 (1986), 44; Brandts/Schlehofer, Die täuschungsbedingte Selbsttötung im Lichte der Einwilligungslehre, JZ 1987, 442; Helle, Die Heilbehandlung des untergebrachten psychisch Kranken, MedR 1987, 65; G. Hirsch/Hiersche, Sterilisation geistig Behinderter, MedR 1987, 135; Janiszewski, Überblick über neue Entscheidungen in Verkehrsstraf- und Bußgeldsachen, NStZ 1987, 112; Janker, Heimliche HIV-Antikörpertests - strafbare Körperverletzung, NJW 1987, 2897; Lammich, Die ärztliche Pflicht zur Bewahrung des Lebens im DDR-Recht und in der DDR-Diskussion, MedR 1987, 90; Linck, Doping und staatliches Recht, NJW 1987, 2545; Otto, Recens. de Schlehofer, Einwil-

ligung und Einverständnis (1985), GA 1987, 275; Seiler, Umfang und Grenzen der Nothilfe im Strafrecht, NJW 1987, 2476; Wagner, Die Rechtsprechung zu den Straftaten im Amt seit 1975 - Teil 2, JZ 1987, 658; Bade, Der Arzt an den Grenzen von Leben und Recht. Über die Erlaubtheit ärztlicher Sterbehilfe unter besonderer Berücksichtigung des § 216 StGB, 1988; Janker, Strafrechtliche Aspekte heimlicher AIDS-Tests, tes. doct. Gießen, 1988; Kußmann, Einwilligung und Einverständnis bei Täuschung, Irrtum und Zwang, tes. doct. Bonn, 1988; Bay, Zur Zulässigkeit von Kastrationen, en: Arth. Kaufmann (ed.), Moderne Medizin und Strafrecht, 1989, 269; Bergmann, Einwilligung und Einverständnis im Strafrecht, JuS-Lernbogen 1989, L 65; Geppert, Zu einigen immer wiederkehrenden Streitfragen im Rahmen des Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB), Jura 1989, 378; v. Gerlach, Ärztliche Aufklärungspflicht und eigenmächtige Heilbehandlung, en: Arth. Kaufmann (ed.), Moderne Medizin und Strafrecht, 1989, 15; Lesch, Die strafrechtliche Einwilligung beim HIV-Antikörpertest an Minderjährigen, NJW 1989, 2309; Müller-Dietz, Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung, JuS 1989, 280; Otto, Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung, Tröndle-FS, 1989, 157; Thiel, Das abgenötigte Einverständnis beim Gewahrsamsbruch, Jura 1989, 454; Held, Strafrechtliche Beurteilung von Humanexperimenten etc., 1990; Roßner, Verzicht des Patienten auf eine Aufklärung durch den Arzt, NJW 1990, 2291; Joerden, Einwilligung und ihre Wirksamkeit bei doppeltem Zweckbezug, Rechtstheorie 22 (1991), 165; Neyen, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht, 1991; Schröder/Taupitz, Menschliches Blut: verwendbar nach Belieben des Arztes?, 1991; Sitzmann, Zur Strafbarkeit sado-masochistischer Körperverletzungen, GA 1991, 71; Amelung, Über die Einwilligungsfähigkeit, ZStW 104 (1992), 525, 821; Arzt, Heileingriffe aufgrund einer Blanko-Einwilligung bezüglich der Person des Arztes, Baumann-FS, 1992, 201; Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992; Ukena, Aufklärung und Einwilligung beim Heileingriff an Untergebrachten, MedR 1992, 202; Hagn, Die rechtliche Beurteilung des Dopings, ÖJZ 1993, 402.

I. Estado de la teoría del consentimiento

1. Historia

En su significado para el Derecho penal, el consentimiento tiene una larga y variada 1
historia [1]. Por el gran jurista romano, Ulpiano (aproximadamente 170-228 d. C.), se transmite en el Libro 47 del Digesto (D. 47. 10. 1. 5) la frase *"nulla iniuria est, quae in volentem fiat"*; es decir, "lo que se realiza con la voluntad del lesionado, no constituye injusto". Con ello hay que entender por *"iniuria"* no sólo la injuria en sentido estricto, sino cualquier lesión de los derechos de la personalidad (honor, salud, libertad, e incluso la vida) [2]. La frase de Ulpiano se transforma posteriormente en la máxima jurídica *"volenti non fit iniuria"* (frente a aquel que lo quiere, no tiene lugar ningún injusto), que todavía hoy forma parte de las citas de los intelectuales [3]. No obstante, la máxima ha regido siempre con limitaciones. Los autores inspirados en la doctrina del Derecho natural —como, posteriormente, los hegelianos y también el Derecho actual— permitían que el consentimiento surtiera efecto sólo en la renuncia de los derechos subjetivos, en cuanto éstos estaban sujetos a la facultad de disposición del particular y de ahí que la intervención no atentaba contra la voluntad objetiva común [4]. Por el contrario, la Escuela histórica del Derecho rechazaba por principio la influencia del consentimiento sobre la punibilidad [5] porque el Derecho penal, como forma de manifestación histórica del orden estatal, no puede estar sujeto a la disposición del individuo. La Escuela

[1] Detalladamente Honig, Die Einwilligung des Verletzten, parte I, 1919.
[2] Honig, 1919, 2.
[3] Cfr. p.ej. Frege, Vademecum Latinum, ^{2}1961, 94; Das Große Krüger-Zitatenbuch, Lexikographisches Institut, 1977/81, 80; Brockhaus-Enzyklopädie, t. 19, 1974, 682.
[4] Honig, 1919, 32 ss., 51 ss.
[5] Honig, 1919, 46 ss.

sociológica del Derecho, que explicaba el delito como lesión de intereses, debía llegar al resultado, contrario, de que el consentimiento excluye absolutamente (también, por ejemplo, en el ataque a la integridad física y la vida) la infracción jurídica de quien actúa [6].

2. Acuerdo y consentimiento

2 La opinión hoy dominante distingue, a raíz de Geerds [7], entre acuerdo y consentimiento [8]. Según esta doctrina, el acuerdo actúa excluyendo la tipicidad. Ello entra en consideración en los tipos en que la acción típica presupone ya conceptualmente un actuar contra o sin la voluntad del lesionado *(invito laesio,* según la formulación latina). Aquí pertenecen sobre todo los delitos de coacción: si alguien está de acuerdo con la pretensión de otro, no existe una coacción justificada, sino ninguna coacción en absoluto (§ 240); cuando una mujer consiente en el yacimiento, la conducta del varón ya no puede ser típicamente una violación (§ 177), etc. Pero la ley también proporciona otros numerosos ejemplos. Si la entrada de un visitante es bienvenida por el titular del derecho de morada, falta ya la "invasión" que requiere el tipo de allanamiento de morada (§ 123); si alguien está de acuerdo en que otro tome una cosa del ámbito de dominio de aquél, no existe "sustracción" en el sentido del § 242 porque no existe el "quebrantamiento" de la custodia ajena requerido para ello; quien rapta a una mujer con su consentimiento o quien utiliza un vehículo de motor ajeno con permiso del propietario no puede realizar los tipos de los §§ 237 y 248 b porque según su tenor literal requieren una acción contra la voluntad del afectado. Es común a todos estos casos que el acuerdo excluye de antemano la lesión del bien jurídico protegido; la libertad de manifestación de la voluntad, el derecho de morada, la custodia, etc., no son lesionados cuando el afectado está de acuerdo con la acción del autor.

3 Por el contrario, el consentimiento en sentido estricto, cuando es prestado por el portador del bien jurídico, sólo tendría el efecto de justificación, pero no el de excluir la realización del tipo. Los ejemplos fundamentales los proporcionan los tipos de daños y lesiones. Si el propietario permite que un tercero dañe o destruya una cosa de aquél, según la doctrina dominante, el consentimiento no remedia que la cosa resulte dañada ni la propiedad típicamente lesionada. Según esta opinión, el consentimiento excluye sólo la antijuridicidad, lo cual se funda la mayoría de las veces en que en el consenti-

---

[6] Honig, 1919, 60 ss.; instructiva la monografía de Keßler, 1884.

[7] Geerds, 1953; idem, GA 1954, 262 ss.

[8] Cfr. p.ej. Blei, AT[18], § 37 I 1; Bockelmann/Volk, AT[4] § 15 C I 1 b bb; Geppert, ZStW 83 (1971), 968; Jescheck, AT[4], § 34 I 1; SK[4]-Samson, antes del § 32, nm. 36 s. (pero como aquí ahora, idem, SK[5], antes del § 32, nm. 64); además los autores mencionados en n. 9. También la jurisprudencia admite ya un acuerdo excluyente del tipo (así BGHSt 23, 3, para el § 236), ya un consentimiento justificante (BGHSt 17, 360, para el § 223, BGHSt 23 3 s., para el § 185). Jakobs, AT[2], 7/112, distingue incluso entre acuerdo excluyente del tipo, consentimiento excluyente del tipo y consentimiento justificante.

miento descansaría una renuncia al bien jurídico que tendría fuerza justificante desde el punto de vista jurídico-consuetudinario como consecuencia del derecho de autodeterminación individual o sobre la base jurídico-constitucional de la libertad de acción (art. 2 GG) [9]. Otros autores atribuyen la justificación a que el desvalor de la lesión del bien jurídico se sopesaría con la libertad de disposición del particular, con la consecuencia de que el consentimiento surtiría efecto en el caso de un mayor valor de la libertad de disposición [10].

3. Las *distinciones derivadas de la diferenciación*

De la distinción entre acuerdo y consentimiento se derivan seis diferencias 4
esenciales para el tratamiento práctico de los casos que se presentan, las cuales pueden resultar, por un lado, de la contraposición entre la naturaleza más "fáctica" del acuerdo en comparación con el carácter "jurídico" del consentimiento (a continuación, a-d) y, por otro lado, de la diferente ubicación sistemática de ambas figuras (a continuación, e y f).

(a) En el acuerdo se trataría sólo de la voluntad interna de quien asiente, 5
aun cuando esa voluntad no se haya manifestado al exterior [11]; por el contrario, en el consentimiento se exige como mínimo que la voluntad sea reconocible en el mundo exterior a través de palabras o acciones [12]. En la "trampa al ladrón", donde el propietario está internamente de acuerdo con la sustracción de su cosa para poder probar más tarde la culpabilidad del ladrón y apresarlo, existiría, por consiguiente, debido a la falta de quebrantamiento de la custodia, sólo una tentativa imposible de hurto [13]. Por el contrario, habría que admitir un delito consumado de daños si el propietario aprueba, de forma irreconocible exteriormente, la destrucción de su cosa por un tercero, porque aquél se plantea la posibilidad de conseguir una pieza nueva y mejor en virtud de su seguro. Sobre mi propio punto de vista, cfr. nm. 47 s.

(b) El acuerdo presupondría para su eficacia sólo la voluntad "natural" de 6
la víctima, incluso cuando a ésta le falte la capacidad de comprensión por su edad juvenil o por una perturbación mental. En el consentimiento, por el

---

[9] Bichlmeier, JZ 1980, 53 ss.; Dreher/Tröndle[46], antes del § 32, nm. 3 b; Geerds, GA 1954, 263; idem, ZStW 72 (1960), 43; LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 104 s. (con modificaciones); Lackner[20], antes del § 32, nm. 10; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 33; Welzel, StrafR[11], 95 [= PG, 1987, 138; N. del T.]; Wessels AT[23], § 9 I 2; en este sentido tb. BGHSt 17, 360.

[10] Así por primera vez Noll, 1955, 74 ss.; idem, ZStW 77 (1965), 15; le siguen Eser/Burkhardt, StrafR I[4], caso 13, nm. 7 a; Geppert, ZStW 83 (1971), 952 ss.; Jescheck, AT[4], § 34 II 3; aceptación tb. en LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 104 ss.; Jakobs, AT[2], 14/4.

[11] Geerds, GA 1954, 266; Wessels, AT[23], § 9 I 1. Diferenciando LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 102.

[12] Geerds, GA 1954, 266; LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 109; Wessels, AT[23], § 9 I 2 s.

[13] BayObLG NJW 1979, 729; OLG Düsseldorf NStZ 1992, 237 (con observaciones discrepantes Janssen; de acuerdo, sin embargo Hefendehl, NStZ 1992, 544); en el resultado tb. BGHSt 4, 199 s., donde, sin embargo, la falta de quebramiento de la custodia no se desprende del acuerdo, sino del hecho de que "la víctima del robo" conserve la posibilidad de intervención y, con ello, la custodia.

contrario, es presupuesto de su eficacia que el afectado "goce del juicio y equilibrio mental necesarios para comprender el alcance de su manifestación y para sopesar razonablemente los pros y los contras" [14]. Por consiguiente, si el autor da lugar a que un niño incapaz de entendimiento le "regale" su cartera, no existe hurto porque falta el quebrantamiento de la custodia (pero tal vez, dado el caso, apropiación indebida o estafa). Si alguien rapta a un enfermo mental concurriendo su voluntad natural, no se realiza el tipo del § 237 (rapto contra la voluntad del raptado), mientras que la injuria subyacente en el hecho se considerará punible porque el consentimiento de la víctima no puede justificar hasta ese extremo, debido a su falta de capacidad de entendimiento (BGHSt 23, 3). Del mismo modo, también el consentimiento en una lesión (en una riña) habrá que considerarlo ya ineficaz si el que consiente estaba "ebrio" (BGHSt 4, 90). Sobre mi propio punto de vista, cfr. nm. 51 ss.

7 (c) Los vicios de voluntad (error, engaño y fuerza) serían irrelevantes para el acuerdo, pero harían ineficaz el consentimiento [15]. Quien, por ejemplo, mediante simulaciones astutas da lugar a que el propietario de la vivienda le autorice la entrada, no comete allanamiento de morada (§ 123). Tampoco una coacción por parte del autor convertiría en ineficaz un acuerdo (con tal de que, en el caso de la violación del § 177, no se trate precisamente de la amenaza, que es presupuesto de la realización del tipo). En el consentimiento, por el contrario, los vicios de voluntad serán contemplados como dignos de consideración. En ello se basa sobre todo la extensa jurisprudencia sobre el deber de información médica en las intervenciones curativas. La intervención médica se estima por la judicatura como lesión corporal típica, pero justificada por el consentimiento del paciente. Sin embargo, según permanente jurisprudencia, el consentimiento es sólo eficaz cuando merced a la información médica se otorga libre de error; si falta aquélla, el médico será castigado por lesiones. Algo semejante vale para el caso de fuerza: por ejemplo, quien mediante una amenaza de denuncia consigue el consentimiento en unos daños es punible según el § 303. Sobre el punto de vista propio, cfr. nm. 66 ss.; 76 s.; 78 ss.

8 (d) Para las lesiones, en las cuales el consentimiento tiene a lo sumo fuerza justificante según la doc. dom., dispone el § 226 a que el hecho es antijurídico a pesar del consentimiento si el mismo "atenta contra las buenas costumbres". Si se reconoce en ello —lo cual hace por cierto sólo una parte de la doc. dom. [16]— una idea jurídica general, entonces de todas formas sólo puede ser

---

[14] BGHSt 4, 90, refiriéndose a RGSt 77, 20; BGHSt 5, 362; 8, 357 s.; 12, 383; 23, 4; BGH NJW 1978, 1206; Geerds, GA 1954, 263, 265; opinión totalmente dominante.

[15] Geerds, GA 1954, 268 s.; Bockelmann/Volk, AT[4], § 15 C 1 b bb, 2 b bb; Welzel, StrafR[11], 95 [= PG, 1987, 138; N. del T.]; Wessels, AT[23], § 9 I 1, 2 d.

[16] Geerds, GA 1954, 268; Baumann/Weber, AT[9], § 21 II 4 C; H. Mayer, LB AT, 1953, 167; Welzel, StrafR[11], 97 [= PG, 1987, 141; N. del T.]. Haft, AT[5], 110, aboga por una aplicación a bienes jurídicos

válida para los casos de consentimiento, pero no para los de acuerdo. Si alguien permite a otro entrar en su casa para lograr un fin delictivo, la entrada en la morada en tales circuntancias puede calificarse de contraria a las buenas costumbres, pero en cualquier caso no es un allanamiento de morada (§ 123). También en los delitos sexuales de los §§ 177, 178 el acuerdo interno de la víctima excluye raras veces la inmoralidad del hecho, pero sin duda la realización del tipo. Sobre el punto de vista propio, cfr. nm. 36 ss.

(e) Finalmente, de la diferente ubicación sistemática del acuerdo y del 9
consentimiento se pueden derivar soluciones discrepantes para el caso en que el autor desconozca una aprobación efectivamente existente del portador del bien jurídico. En los casos de acuerdo tan sólo entra aquí en consideración una tentativa porque no se realiza el tipo objetivo, y por tanto el dolo delictivo del autor se dirige a un objeto inidóneo. Si, por el contrario, en unos daños o en unas lesiones, el autor nada sabe del consentimiento de la víctima, se puede llegar a la aceptación de un delito consumado porque desde este punto de vista se da el resultado típico y también un dolo delictivo del autor dirigido a su realización [17]. A decir verdad, la mayoría de los autores que consideran el consentimiento como causa de justificación quieren emplear directamente o por analogía las reglas de la tentativa [18], llegando así al mismo resultado que en el desconocimiento de un acuerdo; sin embargo esto requiere una fundamentación adicional, que no es necesaria en el acuerdo. Sobre el punto de vista propio, cfr. nm. 83.

(f) Otro tanto puede decirse en la suposición errónea de una aprobación 10
inexistente. Si la misma afecta a un acuerdo, excluye sin más el dolo: quien supone el permiso de un titular del derecho de morada o de un titular de la custodia no tiene dolo de "invadir" (§ 123) o "sustraer" (§ 242). Quien, por el contrario, en unas lesiones o en unos daños (§§ 223, 303), supone por error un consentimiento de la víctima, yerra según la doctrina dominante sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Si este error no regulado expresamente en la ley excluye el dolo o la pena dolosa en aplicación directa o análoga del § 16, o si sólo fundamenta un error de prohibición, que en el supuesto de su evitabilidad deja subsistente la sanción dolosa de acuerdo con el § 17, es un problema muy discutido, que aquí no puede ser tratado (cfr. para más detalles § 14, nm. 51 ss.), pero que de todas formas sólo se presenta en el consentimiento entendido como causa de justificación y no en el acuerdo. Sobre el punto de vista propio, cfr. nm. 83.

---

altamente personales; según él no se puede consentir "en agravios indignos del ser humano". Göbel, 1992, 62 ss., quiere transferir la idea jurídica del § 226 a a privaciones de libertad prolongadas (§ 239 II) y especialmente a ofensas graves contra el honor.

[17] Así efectivamente, Geerds, GA 1954, 267; LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 59, 125; Dreher/Tröndle[46], § 16, nm. 28; Welzel, StrafR[11], 97 [= PG, 1987, 140 s.; N. del T.].

[18] *Cfr. sólo Jescheck, AT[4], § 34 V, con otras referencias.*

4. El rechazo de la diferenciación y sus consecuencias

11 Esta concepción tan clara y resuelta en sus diferenciaciones sistemáticas y reales ha entrado en la discusión moderna en el fuego cruzado de una crítica que surge de dos partes. Una opinión en expansión niega la diferenciación sistemática de acuerdo y consentimiento y atribuye a toda aprobación eficaz del portador del bien jurídico el efecto excluyente del tipo [19]. Si se acepta esto, no proceden entonces, en primer lugar, las distinciones prácticas entre acuerdo y consentimiento que se basan en premisas sistemáticas discrepantes *(supra* e y f). Bien es cierto que las diferenciaciones restantes *(supra* a-d) no se excluyen como consecuencia del mismo tratamiento sistemático de acuerdo y consentimiento, pero desde luego se relativizan; pues es difícil comprender por qué un beneplácito igualmente excluyente del tipo debe estar vinculado en su eficacia a presupuestos de tal modo contradictorios. Y efectivamente, la segunda posición de la nueva crítica pone en duda, desde un principio, la rigurosa bisección en los presupuestos de la eficacia *(supra* a-d). Ciertamente, sigue aferrada a la distinción entre acuerdo excluyente del tipo y consentimiento justificante, así como a las consecuencias sistemáticas derivadas directamente de ello *(supra* e y f), pero piensa que, por lo menos para el acuerdo, no se pueden hacer declaraciones generales sobre los presupuestos de su eficacia, sino que esto hay que dictaminarlo de forma diferenciada según la especial estructura del tipo correspondiente [20]. Otro sector también renuncia para el consentimiento a la formulación de criterios con validez general [21]: "ni para un consentimiento 'excluyente del tipo' es siempre suficiente el mero acuerdo fáctico..., ni en un consentimiento 'justificante' deben cumplirse siempre las rigurosas exigencias que la jurisprudencia y la doctrina aquí han desarrollado". Todos estos ataques a la estricta bisección de la doctrina tradicional son justificados en lo esencial. Eso deberá ser desarrollado a continuación en un tratamiento paso a paso de los distintos ámbitos del problema.

---

[19] En este sentido, sobre todo las monografías de Zipf, 1970, y Kientzy, 1970. Además, p.ej.: SK^5-Horn, § 226 a, nm. 2; Arm.Kaufmann, Welzel-FS, 1974, 397, n. 9; idem, Klug-FS, 1983, 282; Kühne, JZ 1979, 241 ss.; Maurach/Zipf, AT/1^8, 17/32 ss.; Roxin, 1970 (^{2}1973), 25, n. 57; idem, ZStW 84 (1972), 1001 s.; idem, ZStW 85 (1973), 100 s.; idem, Welzel-FS, 1974, 449; Rudolphi, ZStW 86 (1974), 87 s.; SK^5-Samson, antes del § 32, nm. 64; Sax, JZ 1976, 9; Schmidhäuser, LB AT^2, 8/123 ss.; StuB AT^2, 5/106 ss.; Weigend, ZStW 98 (1986), 61; Göbel, 1992, 66 ss.; Eser/Burkhardt, StrafR I^4, caso 13, nm. 2 (no del todo unívoco). Antes tb. Hirsch, ZStW 74 (1962), 104. Indeciso, Stratenwerth, AT^3, nm. 365 ss.

[20] Así sobre todo Jescheck, AT^4, § 34 I 2 a; Sch/Sch/Lenckner^{24}, antes del § 32, nm. 32; LK^{10}-Hirsch, antes del § 32, nm. 100 ss.

[21] Stratenwerth, AT^3, nm. 369. Arzt, 1970, deja sin contestar la pregunta sistemática y renuncia, en el tratamiento de los vicios de voluntad, a la diferenciación entre acuerdo y consentimiento. En contra tb. de un tratamiento diferenciador entre acuerdo y consentimiento, Baumann/Weber, AT^9, § 21 II 4 e, n. 139. Jakobs, AT^2, 7/105, sólo admite que el acuerdo es "resistente contra la antijuridicidad o la contrariedad a las buenas costumbres".

II. El consentimiento como causa de exclusión del tipo

1. La libertad de acción de quien consiente como fundamento de la exclusión del tipo

El argumento decisivo para la aceptación de que todo consentimiento eficaz excluye el tipo radica en la teoría liberal, aquí desarrollada, del bien jurídico referido al individuo. Si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo (para más detalles § 2, nm. 9 ss.), no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión [22]. Así, la propiedad no es precisamente una figura ideal de carácter cuasitangible, cuya lesión (§ 303) podría ser justificada mediante consentimiento. Es más bien, en el caso de propiedad de cosas, únicamente una designación colectiva para la facultad del portador del bien jurídico de aprovechar la cosa que le pertenece de modo que sirva para el libre desarrollo de su personalidad, con la cual él "puede proceder ... a su antojo" (§ 903 BGB). Si el propietario, en virtud de una decisión libre, consiente en el menoscabo o en la destrucción de su cosa, o incluso lo solicita, no existe en ello ninguna lesión de la posición de propietario, sino una cooperación en su ejercicio libremente tolerado. 12

La opinión contraria confunde objeto del hecho con bien jurídico: en efecto, se produce un deterioro de la cosa concreta (del objeto del hecho), pero eso no es un ataque a la propiedad, sino un apoyo a su ejercicio. Algo semejante puede decirse de las lesiones (§ 223). Ciertamente, existen aquí límites a la facultad de disposición individual (§ 226 a; nm. 36 ss.); si se sobrepasan, el consentimiento no tiene ni eficacia de exclusión de la tipicidad ni de justificación. Pero allí donde el consentimiento es eficaz sin restricción, se desarrolla la personalidad también en el tratamiento que concede a su cuerpo. El peluquero, el podólogo, e incluso el cirujano plástico no menoscaban la libertad del cliente en el trato de su cuerpo, sino que le ayudan en la realización de su imagen corporal. Sin duda, efectúan una ingerencia en la sustancia del objeto del hecho (del cuerpo real) protegido en el § 223, pero no menoscaban la integridad de la esfera corporal ajena y con ello el bien jurídico, cuya lesión presupone el tipo [23]. 13

El efecto excluyente del tipo que tiene el consentimiento se infiere, por consiguiente, no en primer lugar del Derecho consuetudinario o de la adecuación social de la acción apoyada en él (por más que ambas cosas son ciertas), 14

---

[22] Totalmente similar Weigend, ZStW 98 (1986), 61: no se presenta "ningún menoscabo jurídicopenalmente relevante en los bienes jurídicos"; pues el que consiente elige "precisamente la disposición que le deja libre el ordenamiento jurídico".

[23] Cfr. tb. Schmidhäuser, LB AT², 8/123 ss.

sino inmediatamente de la libertad de acción garantizada constitucionalmente en el art. 2 I GG, cuyo ejercicio por parte de quien consiente imposibilita la lesión simultánea de un bien jurídico que a él le corresponde y con ello una realización del tipo [24]. A ello se objeta por los partidarios de la concepción de la justificación que los bienes jurídicos serían, conforme a esto, "ya no el cuerpo, la libertad de movimientos, etc...., sino... la voluntad de salvaguarda de estos valores", mientras que, más correctamente, "el cuerpo, la libertad de movimientos, el honor, la propiedad y otros bienes jurídicos del individuo" ya "por sí mismos" habrían de gozar de la protección del ordenamiento jurídico [25]. Pero de este modo se separa lo inseparable. La propiedad sólo puede ser ejercida mediante la voluntad del propietario y sin referencia a él es un concepto sin sentido; la libertad de movimiento presupone la voluntad (al menos latente) de quien quiere moverse; por sí mismo el cuerpo es objeto de protección no como conglomerado de carne y huesos, sino sólo en conjunción con el espíritu que vive en él y lo domina. Acertadamente formula Rudolphi [26]: "Bien jurídico y poder de disposición sobre el bien jurídico forman no sólo una unidad, sino que objeto de disposición y facultad de disposición son, en su relación mutua, de por sí, el bien jurídico protegido en el tipo". La lesión del bien jurídico no se agota, por consiguiente, en la acción contra la voluntad del portador del bien jurídico; no obstante, este es uno de sus presupuestos. Con razón dice Stratenwerth [27] que la voluntad del afectado es "significativa no sólo para la protección jurídica", sino que pertenece "también al objeto protegido".

15 Esta unidad natural de la voluntad y su objeto de referencia la rompe Lenckner [28] cuando dice: "el § 303... asegura al propietario no en el ejercicio de sus facultades a partir del § 903 BGB, sino la existencia íntegra de la cosa concreta como presupuesto necesario de esas facultades". Pero la propiedad reside precisamente en las "atribuciones del § 903 BGB"; y no la "existencia de la cosa concreta" (¡además representada como independiente de la voluntad del propietario!), sino la propiedad, es el bien jurídico protegido. Frente a la hipótesis de que a la lesión del bien jurídico pertenece no sólo el menoscabo de una cosa ajena, sino también la acción contra la voluntad del portador del bien jurídico, Lenckner aduce la punibilidad autónoma de la coacción. Quien obliga al propietario "a destruir su cosa, responde penalmente... por daños... y por coacciones, y no sólo según el § 303 —como de lo contrario debería ser admitido consecuentemente—". Sin embargo, esto se basa en que un daño sin el consentimiento del propietario es en efecto un menoscabo de la voluntad, pero no es por regla general una coacción en el sentido de la ley (§ 240), de tal suerte que su existencia debe manifestarse independientemente. Donde la coacción, cual en las lesiones, está vinculada de forma típica con la realización del tipo, se consume según la opinión

[24] Cfr. sobre ello tb. Maurach/Zipf, AT/1[8], 17/36 ss. Asimismo Amelung, 1981, 29, considera el consentimiento como "componente de la libertad general de acción... que queda garantizada según la jurispr. del BVerfG en el art. 2 ap. 1 GG"; de ello no deduce, sin embargo, la exclusión del tipo.

[25] LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 98; totalmente análogo Jescheck, AT[4], § 34 I 3; similar Amelung, 1981, 26 s.

[26] Rudolphi, ZStW 86 (1974), 87.

[27] Stratenwerth, ZStW 68 (1956), 43.

[28] Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 33 a.

unánime. Esto sólo es posible bajo la condición de que el menoscabo de la voluntad esté coprotegido a través del § 223 [29].

16 La tesis de que la libertad de disposición del portador del bien jurídico es por sí misma parte constitutiva del bien jurídico quiere rebatirla Amelung [30] mediante la referencia a personas a las que, como por ejemplo en el caso de un "niño pequeño", les falta el poder de disposición y sin embargo gozan de la protección de los respectivos tipos penales no menos que las personas totalmente responsables. Pero como en tales casos el legitimado para el cuidado ejerce una sustitución en la voluntad (cfr. nm. 61 ss.) —así, por ejemplo, el consentimiento de los padres equivale al del niño en los límites trazados jurídicamente—, no falta en modo alguno un menoscabo de la voluntad atribuible al portador del bien jurídico. Semejante construcción no es "extremadamente artificiosa", como opina Amelung, sino que responde a las necesidades jurídicas y prácticas. Y cuando de forma excepcional en un momento determinado no exista en absoluto ningún legitimado para el cuidado (Amelung: "el autor mata a los padres y luego maltrata al hijo de cuatro años"), a pesar de ello sólo el ejercicio de la facultad de disposición puede estar transitoriamente en suspenso, pero no puede discutirse su lesión sustancial. Esta lesión se elimina sólo por un consentimiento eficaz, que aquí falta. Algo similar ocurriría también en la lesión de enfermos mentales, privados de conocimiento, etc. Aunque el poder de disposición sobre la propiedad sea ejercitado transitoriamente por otro (albacea, comisario de la quiebra), eso no cambia en nada que sea lesionado por los delitos de los §§ 242 y 303; así como falta una lesión de la propiedad cuando el facultado para disponer asiente válidamente.

2. La falta de realización del tipo delictivo en caso de consentimiento eficaz

17 Si estas consideraciones fundamentales sobre la libertad de acción jurídico-constitucional, la función del Derecho penal y la teoría de los bienes jurídicos se traducen en categorías dogmáticas, resulta que con un consentimiento eficaz no tiene lugar el desvalor del resultado [31] y con él el desvalor de acción y el tipo delictivo. Esto es indiscutible cuando la acción efectuada con el consentimiento del portador del bien jurídico, y la mayoría de las veces a petición suya, le beneficia y también es por lo demás normal socialmente desde todo punto de vista. Quien por encargo del propietario tala un árbol o echa leña a la estufa, quien pone una inyección al paciente para prevenir infecciones, o quien afeita a un cliente, no realiza un desvalor del resultado típico justificado por el consentimiento, sino que ya de antemano falta cualquier desvalor del resultado. Pero si la voluntad del que actúa no se dirige a la producción de un desvalor del resultado, falta también un desvalor de la intención. Está claro que un comportamiento tan totalmente neutro jurídicamente y socialmente adecuado (cfr. respecto a ello § 10, nm. 33 ss.) no realiza el tipo delictivo y por lo tanto no puede ser típico. Cuando Jescheck [32] opina que el respectivo proceso es "a pesar del consentimiento... significativo jurídicopenalmente y no precisamente

[29] Cfr. Stratenwerth, ZStW 68 (1956), 43.

[30] Amelung, 1981, 26 s., y n. 31.

[31] Este punto de vista es acentuado sobre todo tb. por Zipf; cfr. Maurach/Zipf, AT I/1^{8}, 17/33 ss.

[32] Jescheck, AT^{4}, § 34 I 3; en cierta contradicción con ello, él mismo opina más tarde (§ 34 V) que el injusto del resultado se "anula" por el consentimiento; evidentemente no es "anulado" posteriormente, sino que, por causa del consentimiento anterior, ni siquiera llega a producirse.

indiferente de antemano", en todo caso ello no puede aplicarse a las acciones que sean favorables para el propietario y deseadas por él. En ellas se trata más bien de procesos totalmente normales de la vida cotidiana sin significado indiciario antijurídico. Tales supuestos son mayoría en caso de consentimiento [33], porque el portador del bien jurídico se deja guiar la mayor parte de las veces por su provecho en el otorgamiento del mismo.

18 Ahora bien, también hay situaciones en las cuales un daño o una ingerencia corporal podrían contemplarse a pesar del consentimiento como contrarias al bienestar real del portador del bien jurídico. Se podría considerar que por lo menos en estos casos hay que afirmar un desvalor del resultado y con él el tipo delictivo, de forma que entonces el consentimiento, según la situación concreta, actuaría excluyendo el tipo o justificando la conducta [34]. Ahora bien, en muchos casos de consentimiento perjudicial fracasa ya su eficacia a causa de vicios de voluntad (nm. 66 ss.) o por los límites del § 226 a (nm. 36 ss.), de modo que en ese caso ya no se plantea la cuestión de la exclusión del tipo o de la antijuridicidad. Pero si se prescinde de estos supuestos, subsisten procesos como por ejemplo éstos: Alguien ingresa en una austera comunidad religiosa y permite que sus miembros le destruyan sus objetos suntuarios con el fin de no caer en la tentación de apegar su corazón a los bienes terrenales. O alguien posee un valioso retrato femenino de mano maestra; su novia, que está celosa de la mujer retratada, hace depender la aceptación de su proposición de matrimonio de que le permita quemar el odioso cuadro; y él consiente. O alguien se deja causar cicatrices o marcas en un duelo a sable, o se deja hacer tatuajes llamativos.

19 Aunque tales procesos ya no se mueven en el ámbito de lo generalmente usual, no obstante, también aquí deberá negarse un desvalor del resultado y la realización del tipo delictivo de los tipos en cuestión. Si se quisiera afirmarlo y tomar como base para la aceptación de una lesión de bienes jurídicos típica no la voluntad real, sino el "bienestar real" del portador del bien jurídico, se arrogaría así el ordenamiento jurídico una sublimidad de juicio que no le corresponde y que conduciría además a insuperables dificultades de delimitación. En todos esos ejemplos el comportamiento del portador del bien jurídico significa —sea cual fuere el juicio que le merezca a un extraño— una parte de la autorrealización responsable en la comunicación con otros o bajo la

---

[33] De otra opinión Stratenwerth, AT[3], nm. 367, según el cual las intromisiones que "afectan a un sustrato material resultan por regla general desventajosas para el afectado".

[34] Cfr. Stratenwerth, AT[3], nm. 369. Una diferenciación así tb. la recomienda Jakobs, AT[2], 7/111 ss.: un consentimiento será excluyente del tipo en bienes, "... que están a disposición del titular..." como propiedad y patrimonio; en la libertad de movimiento, el honor y la integridad física esto es válido "sólo en la medida en que son medios de desarrollo" (7/111). Según esto, únicamente son justificantes los consentimientos en "intervenciones corporales no sólo de tipo ocasional", "importantes ofensas contra el honor" y "limitaciones de la libertad de larga duración" (14/6).

asistencia de otros. En ninguna parte es el menoscabo del objeto del hecho una intrusión en una esfera jurídica ajena, como presupone el tipo delictivo; sólo el que consiente puede decidir qué sirve a su verdadero bienestar. Así, en los ejemplos de daños arriba citados, es absolutamente posible que la disposición adoptada por el propietario sobre su propiedad la considere después como la decisión más afortunada de su vida.

3. La falta de ponderación de intereses como argumento contra una mera justificación

Pero no sólo la teoría del tipo habla en favor de la fuerza excluyente del tipo **20**
del consentimiento, sino también la circunstancia de que el mismo representaría un cuerpo extraño en el sistema de las causas de justificación. Todas las causas de justificación, como aún se puntualizará (§ 14, nm. 37 ss.), descansan en los principios de ponderación de intereses y de necesidad: en una situación de conflicto inevitable es legítimo el sacrificio de un interés menos valorado por el ordenamiento jurídico cuando dicho sacrificio es necesario en salvaguardia de un interés mayor. Pero en el consentimiento no está en juego ni un conflicto de intereses entre el que actúa y el que consiente ni la necesidad del hecho. Esta genuinidad estructural del consentimiento ha dado lugar a que ya Mezger [35] desarrollara un sistema dualista de las causas de justificación; conforme a ello, la justificación debe obedecer en la mayoría de los casos al principio de interés preponderante, pero en el consentimiento al principio de ausencia de interés: "una justificación según el principio de ausencia de interés permite de ese modo que la voluntad imaginada o supuesta como lesionada en el tipo decaiga en el caso concreto". Pero precisamente esta fundamentación demuestra que en realidad no se trata de un problema de justificación sino de tipo. Pues en un consentimiento eficaz no es posible imaginarse como lesionada una voluntad que luego "decae" por causa del consentimiento, sino que la voluntad desde un principio no puede imaginarse como lesionada y por eso no puede suponerse como realizado el tipo incluso según las premisas de Mezger.

Es verdad que una opinión generalizada, fundada por Noll (cfr. nm. 3, **21**
n. 10), intenta demostrar una ponderación de intereses también en el consentimiento; se ponderaría la libertad individual "frente al interés de la comunidad en la conservación de los bienes jurídicos" [36]. Pero con ello no se da en el punto de vista decisivo. Es cierto que en el homicidio (§ 216) el legislador no permite en absoluto un consentimiento eficaz y sólo con restricciones en las lesiones (§ 226 a). Pero en estos casos se trata de una restricción general de la facultad de disposición efectuada por el legislador, mientras que en las causas de justificación se trata de la necesidad de intervención en una situación

[35] Mezger, StrafR, [3]1949 [= Tratado I, 1946; N. del T.], § 27.
[36] Jescheck, AT[4], § 34 II 3.

de conflicto concreta. Donde es posible un consentimiento eficaz, precisamente ya no se efectúa una ponderación conforme a la situación individual; más bien se afirma —piénsese en los ejemplos mencionados en el nm. 18— la voluntad libre del portador del bien jurídico sin que exista una contraposición de intereses y sin que la necesidad o incluso sólo racionalidad del consentimiento pueda aún ser examinada y ponderada en comparación con el valor del concreto objeto del hecho. Si Max Brod, conforme al consentimiento y deseo de Franz Kafka, hubiese quemado el manuscrito de éste, eso habría sido jurídicopenalmente inobjetable; y sin embargo, no puede dudarse en absoluto que en una concreta ponderación del caso era mayor en su estima el interés social en la conservación del texto que la voluntad del poeta.

4. La falta de viabilidad de la teoría dualista

22 Finalmente, el consentimiento también deberá considerarse de forma general como excluyente de la tipicidad porque no es posible una clara delimitación de los casos de consentimiento respecto de los de acuerdo. ¿Es la permisión de una injuria (§ 185), de una detención ilegal (§ 239), de una grabación magnetofónica (§ 201), de una violación de correspondencia (§ 202), o de una revelación de secretos (§ 203) un caso de acuerdo o de consentimiento? Eso se enjuicia de forma diferente en todos estos tipos [37]. Si se acepta la dualidad, deberá apreciarse un acuerdo. Si, por ejemplo, la injuria (§ 185) es una lesión de la pretensión individual de respeto, que cada cual tiene frente a sus conciudadanos, no puede existir injuria alguna en caso de consentimiento, pues una pretensión de respeto no puede ser lesionada en tanto no sea reclamada en absoluto. Si se aprecia una injuria en el envío no solicitado de revistas con contenido sexual, desde luego no puede ser injurioso en ningún caso su envío por encargo [38]; y si se aprecian como injuria acciones sexuales que se realizan contra la voluntad del receptor, por supuesto que no puede tratarse de eso en caso de acuerdo [39]. En una privación de libertad se podría decir que un "encierro" con la voluntad del afectado está sólo justificado porque el asentimiento no elimina el encierro. Pero como el § 239 menciona el encierro sólo como ejemplo de que a la víctima "se le priva del uso de su libertad personal", también debe admitirse aquí una exclusión del tipo producida por el acuerdo, pues el afectado no es, con su asentimiento, "privado" de la libertad [40]. Cuando

---

[37] Cfr. p.ej. Arzt, 1970, 11 ss., con otras referencias; apreciando un mero consentimiento en la mayoría de los casos Geerds, ZStW 72 (1960), 48 ss.; apreciando un acuerdo en casi todos los casos el Kommentar de Sch/Sch[24] (cfr. sólo Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 31).

[38] Por el contrario BGHSt 11, 67, 72, aprecia una injuria justificada por consentimiento.

[39] En un caso así, OLG Stuttgart NJW 1962, 62, opina que "cualquier acción que afecta al honor de otro pierde su antijuridicidad y con ello su carácter de injuria, cuando la víctima estaba de acuerdo con ello". Pero si en absoluto existe una injuria, esto debe excluir el tipo.

[40] Así la op. dom.; sin embargo, a favor de la mera exclusión de la antijuridicidad p.ej. Geerds, 1953, 36 s.; Jescheck, AT[4], § 34 I 1 c.

alguien consiente que sus declaraciones sean grabadas en cinta magnetofónica, difícilmente se puede considerar realizado el tipo del § 201, pues la "confidencialidad de la palabra", que según su rúbrica oficial quiere proteger el tipo, no es violada [41]. Si alguien abre una carta con consentimiento del destinatario, no puede considerarse realizado el tipo del § 202 ya por la sencilla razón de que según su tenor literal presupone un autor para cuyo conocimiento no está destinada la carta [42]. Y si alguien, en virtud de una exoneración del deber de discreción, divulga el secreto de otro, eso no es la "lesión" justificada de un secreto privado, sino que ese secreto no es en absoluto "lesionado", en cuanto el afectado permite y desea su revelación [43].

Por consiguiente, incluso aunque quisiéramos apoyarnos en el punto de **23**
partida de la teoría dualista, apenas quedan casos en los que un consentimiento podría tener únicamente fuerza justificante. Una hipótesis semejante apenas se mantendría firme incluso en los ejemplos paradigmáticos de los §§ 303 y 223 ss. Así, escribe por ejemplo Jescheck [44]: "Ciertamente, también hay casos en los que el acuerdo del afectado repercute directamente en el tipo. Quien permite serrar para leña un armario viejo modifica su finalidad, de manera que el delito de daños de antemano ya no entra en consideración (§ 303)". Por el contrario, según él, sólo existe justificación si un tío autoriza a su sobrino "a desmontar piezas de su vehículo con el objeto de que éste pueda familiarizarse con los trabajos de reparación que posiblemente surjan en un viaje de investigación" [45]. Aparte de que no hay un fundamento claro para un tratamiento diferenciado de ambos casos, queda por resolver por qué en el segundo ejemplo no va a haber una alteración transitoria del destino, que en ese caso debería llevar igualmente a la exclusión del tipo. Además, no sólo en el ejemplo 1, sino en cualquier caso de consentimiento en la destrucción de una cosa, debería afirmarse una modificación del destino por el propietario; y entonces el consentimiento justificaría frente a un desperfecto y excluiría el tipo frente a una destrucción, lo cual es, por supuesto, un resultado verdaderamente disparatado.

En las lesiones, la doc. dom. —al contrario de la jurispr.— siempre ha con- **24**
siderado ya como atípicos los menoscabos beneficiosos de la sustancia corporal (es decir, intervenciones curativas médicamente indicadas y realizadas *lege artis*) con independencia de la voluntad del paciente, negando en tales casos un "deterioro de la salud" en el sentido del § 223. Que esto sea exacto, es un problema de interpretación del § 223, que aquí no puede examinarse más de

---

[41] La op. dom. quiere apreciar una mera justificación; sin embargo, como aquí, Sch/Sch/Lenckner[24], § 201, nm. 13 s., con ulteriores referencias; respecto de la op. dom. cfr. Jescheck, AT[4], § 34 I 1 c.

[42] Doc. dom.; cfr. Sch/Sch/Lenckner[24], § 202, nm. 12.

[43] Así tb. p.ej. OLG Köln NJW 1962, 686, y Sch/Sch/Lenckner[24], § 203, nm. 22.

[44] Jescheck, AT[4], § 34 I 3.

[45] Jescheck, AT[4], § 34 I 1 c.

cerca. Sin embargo, el problema se relativiza sustancialmente si se contempla el consentimiento como excluyente del tipo, por cuanto que, según esto, ya sobre la base del consentimiento es atípica una intervención curativa que se realiza con la conformidad del paciente. Con ello (de forma distinta que según la jurispr.) se toma en consideración el deseo de los médicos de que tampoco bajo el punto de vista del tipo se les sitúe al mismo nivel que el "navajero". Si en una intervención curativa sin la aprobación del paciente se da el tipo del § 223, es una cuestión que se halla fuera de la teoría del consentimiento. Sin embargo, mientras el StGB no contenga un tipo de tratamiento curativo arbitrario, como lo preveía el P 1962 (§ 162), existe una incontestable necesidad políticocriminal de considerar también coprotegido por el § 223 el derecho de autodeterminación sobre la propia integridad del cuerpo y, por tanto, de castigar por lesiones en caso de no haber consentimiento. La doctrina que aquí se defiende posibilita esta consecuencia razonable, sin caer en los excesos de las opiniones extremas, que, independientemente del consentimiento del paciente en una intervención curativa, consideran realizado el tipo de lesiones o bien siempre (así la jurispr.) o bien nunca (así la doc. dom.).

25 Pero exactamente lo mismo tiene que regir también para intervenciones que no persiguen fines curativos, p.ej. para una operación cosmética. Aquí los autores que consideran la intervención curativa como atípica, pero que al consentimiento sólo le conceden un poder justificativo, quieren considerar realizado sin excepciones el tipo de lesiones, puesto que el paciente permite "temporalmente un menoscabo más o menos profundo de su integridad corporal" [46]. ¡Pero eso sucede exactamente igual en el caso de una operación médicamente indicada! Sin embargo, en el resultado final la intervención cosmética embellecedora puede ser tan provechosa para el bienestar físico y psíquico como una intervención curativa propiamente dicha. Incluso en el caso extremo de que alguien, por motivos masoquistas, se dejase apalear y alcanzase con ello sensaciones corporales de placer (sobre el § 226 a cfr. nm. 36 ss.), no está claro por qué iba a ser lesionado el bien jurídico protegido en el § 223.

26 Un análisis más de cerca muestra, pues, que en los casos hipotéticos del consentimiento justificante apenas es realizable, incluso según las premisas de la teoría dualista, una independización del bien jurídico frente a la decisión libre de su portador. También por esta razón se debería renunciar a la distinción sistemática entre acuerdo y consentimiento.

5. El § 226 a no es un contraargumento

27 Un último argumento a favor del efecto exclusivamente justificativo del consentimiento se obtiene del tenor literal del § 226 a, según el cual, en caso

[46] Jescheck, AT^4, § 34 I 1 c.

de una lesión con consentimiento del lesionado, el autor sólo actúa antijurídicamente "cuando el hecho, a pesar del consentimiento, atenta contra las buenas costumbres". No es, sin embargo, acertada la conclusión [47] de que un consentimiento eficaz sólo excluya por consiguiente la antijuridicidad y no el tipo. Pues según el § 11 I n.º 5 un hecho "antijurídico" es "solamente un hecho tal que realiza el tipo de una ley". En suma, el § 226 a debe leerse de tal manera que una lesión con consentimiento de la víctima sólo es típicamente-antijurídica cuando a pesar del consentimiento atenta contra las buenas costumbres. En este enunciado no se introduce declaración alguna sobre si una lesión efectuada con consentimiento eficaz es o no típica [48].

6. La fuerza justificante del "consentimiento que atenúa la intervención" no es un contraargumento

Tan sólo es una excepción aparente al poder excluyente del tipo del consentimiento el caso en que p.ej. una castración con el beneplácito de un delincuente sexual sólo puede considerarse como lesión justificada. Pues un consentimiento "que atenúa la intervención" [49], es decir, que se otorga con el fin de evitar un mal aún peor (el internamiento en centro de custodia), no se podría considerar, según los principios generales, ni voluntario ni eficaz [50], sino que concurre una presión coactiva que excluye una decisión autónoma (cfr. nm. 78 ss.). La justificación de tales medidas, que hoy es posible según la KastrG, se basa no sólo ni en primer lugar en el "consentimiento" del enfermo, sino en una serie de condiciones afines a la intervención curativa y al estado de necesidad, a las que sólo debe añadirse el consentimiento del sexualmente anormal, que no es suficiente por sí solo (§§ 2 y 3 KastrG). Cuando el § 3 II KastrG considera necesario manifestar que el consentimiento del afectado "no es ineficaz por el hecho de que el sujeto se encuentre recluido en un establecimiento penitenciario en el momento del consentimiento" y cuando el § 3 III KastrG renuncia también a la plena capacidad de comprensión del afectado, de ello resulta claro que, a pesar de la terminología de la ley, no se trata de un verdadero consentimiento, sino de un sucedáneo de consentimiento que hay que englobar en la ponderación sobre la exclusión de la antijuridicidad. **28**

También hay otras manifestaciones parecidas de cuasiconsentimiento. Si p.ej. alguien permite la entrada en su vivienda a policías para un registro **29**

---

[47] Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 33 a; Dreher/Tröndle[46], antes del § 32, nm. 3 b; Dreher, Heinitz-FS, 1972, 220.

[48] Asimismo en el resultado Maurach/Zipf, AT/1[8], 17/66.

[49] El término procede de Amelung, 1981, 105 ss.

[50] Así tb. BGHSt 4, 118, para la castración de criminales impulsivos en la época nazi, que sólo mediante su consentimiento podían evitar el internamiento en campos de concentración. Distinto BGHSt 19, 201, para el tiempo de postguerra antes de la publicación de la KastrG. Sobre las problemáticas consecuencias psico-físicas de la castración Bay, 1989, 269.

domiciliario con el fin de evitar una apertura violenta de la puerta, los policías realizan a pesar de ello el tipo de allanamiento de morada (§ 123). Pues la admisión es forzada y no una libre disposición del portador del bien jurídico; la justificación de la entrada no se basa en la "conformidad", sino en la orden de entrada y registro según el § 105 StPO. La existencia de "consentimientos" que atenúan la intervención y su irrelevancia para la realización del tipo no proporciona, pues, argumento alguno para la distinción entre acuerdo y consentimiento.

7. Las distintas condiciones de la conformidad eficaz como consecuencia de la correspondiente estructura de los tipos

30 Aunque, por consiguiente, consentimiento y acuerdo excluyen del mismo modo la realización del tipo, eso no significa que todos los casos de conformidad tengan que ser tratados, bajo todo punto de vista, según las mismas reglas. No obstante, en cualquier caso, las eventuales diferencias no pueden extraerse de las premisas sistemáticas, ni tampoco de una pretendida diferente "naturaleza" de consentimiento y acuerdo en la que se basen éstas [51]. Como se trata siempre de problemas referentes al tipo, los divergentes presupuestos de eficacia sólo pueden resultar de la estructura de los correspondientes tipos. La separación de acuerdo y consentimiento es, por otra parte, de poca importancia y depende en gran medida de presupuestos del propio lenguaje, por ejemplo, de si la lengua alemana dispone de un término que permita expresar el intervenir contra la voluntad del portador del bien jurídico, ya en la formulación de la acción típica ("allanar", "coaccionar", etc.) o, por lo menos, en una expresión emblemática de la descripción del tipo delictivo ("vulneración" de la confidencialidad de la palabra, de un secreto, etc.) [52]. Por ello, en la exposición que sigue se renunciará a un tratamiento separado de acuerdo y consentimiento.

III. Tipos con nula o limitada posibilidad de consentimiento

31 1) Está excluido de antemano un consentimiento en bienes jurídicos cuya lesión se dirige contra la comunidad. Incluso cuando es una persona individual la que resulta inmediatamente afectada por el hecho, ella no puede consentir en la lesión, porque el bien jurídico no está a su disposición. Así, el perjurio (§ 154) concertado entre dos litigantes es punible, por tanto, a pesar del consentimiento de la otra parte, porque de una u otra forma resulta perjudicada

[51] En este sentido tb. Schlehofer, 1985, 83: "La ordenación dogmática de la aprobación de la víctima como consentimiento o acuerdo no prejuzga... un tratamiento diferente de los vicios de voluntad."

[52] Cfr. Roxin, 1959 (^{2}1970), 129 s.; Kientzy, 1970, 40 ss.; Kühne, JZ 1979, 242.

la administración de justicia como bien jurídico protegido en los delitos de falso testimonio. Tampoco en una falsificación de documentos (§ 267) puede consentir el "perjudicado", pues el bien jurídico protegido es la pureza del tráfico probatorio y no el interés individual del afectado. Del mismo modo, en la usurpación del estado civil (§ 169) y en la bigamia (§ 171) se protegen intereses de la comunidad (a saber, respectivamente, el *status* jurídico familiar en el ámbito público y el ordenamiento matrimonial estatal), de modo que la aquiescencia de la "víctima" de la usurpación del estado civil o del primer cónyuge carece de significado. Este principio tampoco se relativiza por el hecho de que los órganos encargados de la protección constitucional puedan permitir acciones que sin su autorización serían peligrosas para el Estado [53]; pues en esos casos la autoridad actúa como representante del Estado, que es protegido por esa disposición.

El principio, en sí mismo evidente, de que el particular no puede consentir **32** válidamente en la lesión de bienes jurídicos de la colectividad origina dificultades en su aplicación cuando el bien jurídico protegido es discutible o cuando un tipo protege tanto bienes jurídicos de la colectividad como del particular. Como estos problemas no afectan en primer término a la teoría del consentimiento, sino al bien jurídico de los tipos en particular y con ello a la Parte especial, no pueden tratarse aquí en detalle, sino exponiéndolos únicamente de forma ejemplificativa. Uno de los tipos más controvertidos a este respecto es el § 164 (acusación y denuncia falsas). Si el bien jurídico protegido sólo se ve en la administración de justicia intraestatal, que hay que proteger para evitar que se dirija indebidamente la fase de instrucción contra determinadas personas (teoría de la administración de justicia) [54], entonces carece totalmente de significado un consentimiento por parte del sospechoso; más bien dicho consentimiento aumenta el contenido de injusto del hecho en cuanto refuerza el engaño a la autoridad. Igualmente será irrelevante el consentimiento aunque, de acuerdo con la jurispr. [55] y la doc. dom. [56], se considere protegido a través del § 164, junto a la administración de justicia, también al particular contra la persecución oficial injustificada, pero colocando ambos bienes jurídicos en una relación de alternatividad, de modo que el tipo ya estará realizado cuando se lesione uno de los dos (teoría de la alternatividad). El consentimiento deja entonces intacta la lesión de la administración de la justicia y con ello la punibilidad; su único efecto es que no procede el derecho del lesionado a la publicación de la sentencia (§ 165), que sólo sirve a su interés (BGHSt 5, 69). Por el contrario, el consentimiento excluye una realización del tipo si

---

[53] Cfr. Jescheck, AT[4], § 34 III 4; LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 115.
[54] Así p.ej. Langer, 1973, 64; SK[4]-Rudolphi, § 164, nm. 1; Maurach/Schroeder, BT/2[7], 99/5; Otto, BT[3], § 95 I 1.
[55] Cfr. sólo BGHSt 5, 66, y —especialmente claro— BGH JR 1965, 306.
[56] Sch/Sch/Lenckner[24], § 164, nm. 1, con otras referencias.

ambos bienes jurídicos se consideran protegidos de forma cumulativa (teoría de la acumulación) [57], de modo que sólo la lesión simultánea de ambos cumple las exigencias del tipo de delito. Y con más razón aún será plenamente eficaz el consentimiento si se considera como bien jurídico protegido solamente el interés del particular en verse libre de denuncias injustificadas (teoría del bien individual) [58].

33 En la práctica es muy importante la controversia sobre el bien jurídico en el § 315 c (puesta en peligro del tráfico rodado). Aquí se trata, p.ej., de la cuestión de si un acompañante puede consentir eficazmente cuando se sienta en el coche junto a un conductor ebrio y acto seguido resulta lesionado en un accidente (315 c I, n.º 1 a). El BGH entiende que el consentimiento carece de valor, porque el § 315 c no sólo protege el cuerpo y la vida del particular que participa en el tráfico rodado, sino que sobre todo persigue la seguridad del tráfico rodado y con ello de la colectividad (BGHSt 23, 261, 263). El que se pone en peligro no puede "disponer del bien jurídico de la seguridad del tráfico. Por principio, su consentimiento sólo tiene significado jurídico allí donde él sea el único portador del bien jurídico protegido y éste esté sujeto a su disposición" (loc. cit., 264). Pero aquí es preferible una apreciación cumulativa del bien jurídico, según la cual no es suficiente la puesta en peligro general de la seguridad vial en el caso del § 315 c [59]; pues éste exige explícitamente, además del modo de conducción peligroso, una puesta en peligro individual concreta. Si ésta se encuentra cubierta por consentimiento [60], la puesta en peligro abstracta que queda ya no es suficiente para la realización del tipo; aunque la misma sí se podrá castigar por el § 316 en caso de que el sujeto se halle en un estado que le incapacite para conducir.

34 2) Pero el consentimiento del portador del bien jurídico tampoco excluye en todos los casos la realización del tipo. Esto rige, en primer lugar, en los tipos que presuponen una cooperación de la víctima y que sirven para su protección. Así, en los delitos que comprenden acciones de abusos sexuales (§§ 174-176, 179, y de modo similar también los §§ 180 y 180 a) se hace caso omiso del consentimiento de la víctima porque el legislador, con una presunción irrefutable, le deniega desde un principio la facultad para una libre y responsable decisión. Lo mismo sucede en el delito de usura (§ 302 a), donde

---

[57] Frank, StGB, [18]1931, § 164, n. I.

[58] Así lo vuelven a sostener últimamente Hirsch, Schröder-GS, 1978, 307 ss.; Schmidhäuser, StudB BT[2], 6/6.

[59] Así tb. en el resultado, la opinión dominante en la literatura; cfr. p.ej. Sch/Sch/Cramer[24], § 315 c, nm. 36, y Dreher/Tröndle[44], 1988, § 315 c, nm. 17 (ambos con ulteriores referencias); discr. actualmente Dreher/Tröndle[46], § 315 c, nm. 17.

[60] Lo que en caso de resultado de muerte resulta imposible debido al § 226 a y también es a menudo dudoso en otros casos. Es mejor tratar la "puesta en peligro de un tercero aceptada por éste" sin recurrir al consentimiento, como problema general de imputación: cfr. *supra* § 11, nm. 98 ss.

la situación forzada, la inexperiencia, la debilidad de juicio o la flaqueza de voluntad del destinatario han determinado al legislador a declarar ya a través de la introducción del tipo la ineficacia del consentimiento. Tampoco en los delitos de funcionarios es posible de antemano muchas veces un consentimiento del portador del bien jurídico. Así, por ejemplo, un funcionario incurre en responsabilidad penal por persecución de inocentes (§ 344) o por una ejecución ilegal de la pena (§ 345) aun cuando la víctima (por ejemplo, por razones políticas, o para tapar a otro, o para encubrir un delito más grave) esté de acuerdo con ello. Pues estos preceptos protegen no sólo a los perseguidos, sino asimismo la conformidad del proceso penal al Estado de Derecho, que también resulta dañada cuando la víctima consiente tal forma de proceder. Sin embargo, no puede sentarse la máxima, como muchas veces se hace, de que el consentimiento en los delitos de funcionarios haya que ignorarlo sin más ni más [61]. Así, nada puede objetarse contra la tesis de que se excluye el tipo del § 340 (lesiones en el ejercicio del cargo) cuando un soldado se ofrece como donante de sangre al médico de la compañía y éste realiza en virtud de ello la intervención. Y lo mismo sucede incluso cuando el citado médico contravenga con ello una ordenanza de servicio. La posibilidad de consentimiento en los delitos de funcionarios depende por tanto de un análisis del correspondiente tipo en particular.

Totalmente ineficaz es el consentimiento en el caso del bien jurídico individual vida humana. Aquí se infiere del § 216 que el consentimiento en la propia muerte no suprime la punibilidad del hecho, sino que, a lo sumo, la atenúa. Para ello existen buenos motivos (cfr. ya § 2, nm. 18). Un consentimiento precipitado o influido por alteraciones psíquicas desconocidas puede causar daños irreparables, de modo que la víctima debe ser protegida también de sí misma; y la creación de tabúes respecto de cualquier muerte de un tercero no justificada por legítima defensa consolida el respeto por la vida humana y sin duda alguna contribuye con ello a la protección de este supremo bien jurídico. 35

Los problemas más difíciles los plantea el tipo de lesiones. La ley parte del derecho a la libre disposición sobre el propio cuerpo, pero hace una excepción en el § 226 a para el caso en que el hecho, a pesar del consentimiento, atente contra las buenas costumbres. Jurídicoconstitucionalmente es posible tal limitación de la facultad de disposición, puesto que según el art. 2 I GG, en el que se basa la eficacia del consentimiento, la libertad general de acción sólo está garantizada hasta el límite de los derechos ajenos, del ordenamiento constitucional y de la ley moral. Sin embargo, no se puede extraer de ello un salvoconducto para restricciones de la facultad de disposición por motivos puramente morales. Pues la "ley moral" a la que se refiere el art. 2 I GG, habrá 36

[61] Fundamentación sobre ello Amelung, Dünnebier-FS, 1982, 487 ss.

que entenderla en el sentido que con ella sólo se alude a los principios éticos cuya lesión cause daño social (cfr. § 2, nm. 25). Además, el Derecho penal es, por motivos de proporcionalidad, sólo el medio más extremo de reacción estatal y por ello no debe trazar una frontera en cualquier caso en que no sea suficiente la garantía constitucional; ello ya es perceptible en el hecho de que la restricción de la disponibilidad del § 226 a no se refiere a la inmoralidad del consentimiento, sino que, incluso atentando éste contra las buenas costumbres, deja impune las lesiones cuando simplemente el hecho por sí mismo no atenta contra las buenas costumbres (cfr. nm. 40). Finalmente, también el principio de determinación o de certeza (art. 103 II GG) prohíbe el recurso directo a juicios morales desligados del bien jurídico [62], puesto que sobre los principios de la moral privada ya no es posible en nuestra sociedad pluralista obtener un consenso que garantice la seguridad jurídica.

37 Por todo ello, sólo se puede aceptar un "atentado a las buenas costumbres" del hecho cuando del **ordenamiento jurídico** se desprende claramente su reprobación legislativa y cuando el hecho causa el menoscabo de **bienes jurídicos** que no están a disposición del portador del bien jurídico. En primer lugar, este es el caso en el consentimiento en lesiones que ponen en peligro la vida, como las que pueden producirse en riñas (BGHSt 4, 88), pues del § 216 se desprende que también el consentimiento eventual en la propia muerte debe ser ineficaz. Además, sigue siendo punible por lesiones la conducta de quien mutile a otro con su consentimiento, para eludir el servicio militar, o para beneficiarse ilegítimamente de un seguro o una pensión. La reprobación legislativa basada en los §§ 109 y 263 está aquí fuera de duda, como también que los bienes jurídicos protegidos en estas disposiciones legales no están sujetos a la disposición de quien soporta el menoscabo corporal. Por motivos análogos, en un aborto practicado por un curandero, punible según el § 218, hay que admitir, dado el caso, una lesión punible independiente, a pesar del consentimiento de la embarazada.

38 El consentimiento sí es, por el contrario, eficaz en las lesiones sadomasoquistas [63]. Pues, en primer lugar, en tales prácticas privadas falta la referencia al daño social y, en segundo lugar, tampoco es manifiesta una reprobación por parte del legislador de conductas de esta índole. Más bien se contradirían los objetivos en los que se basa la reforma del Derecho penal sexual por la 4.ª StrRG de 23-11-1973 (sobre ello § 2, nm. 3) si la restricción de la punibilidad a los delitos "contra la autodeterminación sexual" se eludiese a través de una penalización por lesiones [64]. Asimismo es eficaz el consentimiento en la cau-

---

[62] Cfr. sobre ello Roxin, JuS 1964, 371 ss. (= Grundlagenprobleme, 184 ss.).

[63] Justamente esto lo consideró el RG como un caso muy importante de consentimiento ineficaz según el § 226 a; cfr. las referencias en LK[10]-Hirsch, § 226 a, nm. 8.

[64] Abandono, por tanto, la tesis de la punibilidad en estos casos, que había defendido antes de la aprobación de la 4.ª StrRG en JuS 1964, 371 s. (≈ Grundlagenprobleme, 184 ss.). Sitzmann, GA

sación de cicatrices en duelo a sable (BGHSt 4, 24), el consentimiento en una esterilización (BGHSt 20, 81) [65] y en una extracción de órganos para trasplante. Además son impunes las operaciones cosméticas con consentimiento, incluso cuando, desde un punto de vista objetivo, sean insensatas y ni siquiera tengan un efecto embellecedor. También los cambios de sexo son admisibles con el consentimiento correspondiente [66].

En la doctrina se defienden múltiples opiniones distintas [67]. Horn [68] sólo **39**
considera punibles aquellas lesiones efectuadas con consentimiento "que se llevan a cabo con el fin de preparar, cometer, ocultar o simular un delito". Esto se corresponde con la opinión que aquí se defiende, con la reserva de que, al parecer, deberían estar permitidas las lesiones que, con el consentimiento de la víctima, entrañen un peligro para la vida. Por el contrario, una opinión en auge [69] se rige exclusivamente por la gravedad de la intervención y sólo quiere castigar las lesiones "considerables" o "graves" (¡§ 224!) a pesar del consentimiento. Pero esta doctrina, ya en el mismo trasplante de órganos, debe hacer una excepción que relativiza el planteamiento, y consecuentemente debería considerar impune la esterilización médica previa petición del paciente y tanto más el cambio de sexo [70]. Asimismo, el tenor literal de la ley difícilmente permite una equiparación de atentado a las buenas costumbres y gravedad de la intervención. Schroeder [71] quiere negar la efectividad del consentimiento "cuando se realiza una lesión corporal considerable, sobre todo una lesión de la sustancia, sin causa comprensible". Sin embargo, el concepto de incomprensibilidad es poco explícito y extiende demasiado la punibilidad. Pues no todo lo que se realiza sin motivo comprensible debe ser ya por ello aten-

---

1991, 71 ss., reduce la punibilidad de las lesiones corporales sado-masoquistas a los supuestos que encajen en los §§ 224-226.

[65] El BGH ha llegado a la impunidad con el fundamento de que, después de la supresión del § 226 b que regulaba la esterilización en tiempos de Hitler, ya no existe ninguna norma penal. Este argumento ha sido rechazado unánimamente en la literatura (cfr. sólo Roxin, Niedersächsisches Ärzteblatt 1965, Heft 6, 165), porque los §§ 223 y 225 incluirían este caso. Sin embargo, la punibilidad se desvanece por el hecho de que una esterilización con el consentimiento del paciente no es contraria a las buenas costumbres (cfr. Roxin, JuS 1964, 371 ss. = Grundlagenprobleme, 184 ss.).

[66] Por el contrario, según BGHZ 57, 63, aquí la contrariedad a las buenas costumbres sólo habría que negarla en casos excepcionales. BVerfG NJW 1979, 595, también deja abierta la cuestión en operaciones sin indicación terapéutica.

[67] Similar a la posición aquí sustentada Sch/Sch/Stree[24], § 226 a, nm. 6, según el cual la punibilidad se limita a casos "en los que los baremos valorativos generalmente aceptados, que razonablemente no pueden ser puestos en duda, llevan a un juicio unánime de contrariedad a las buenas costumbres".

[68] SK[5]-Horn, § 226 a, nm. 9.

[69] Arzt, 1970, 36 ss.; LK[10]-Hirsch, § 226 a, nm. 9; Jescheck, AT[4], § 34 II 3; Stratenwerth, AT[3], nm. 376; SK[5]-Samson, antes del § 32, nm. 79.

[70] Jescheck, AT[4], III 3 b; LK[10]-Hirsch, § 226 a, nm. 41, abogan por la impunidad de la esterilización solicitada, mientras que Stratenwerth, AT[3], nm. 376, requiere para ello "motivos defendibles", con lo cual se abandona igualmente el punto de partida.

[71] Maurach/Schroeder, BT/1[7], 8/14.

tatorio contra las buenas costumbres —máxime cuando el propio afectado lo desea, es decir, cuando tiene un motivo subjetivamente sólido—. Schmidhäuser [72] sostiene que se debe castigar como lesiones "las intervenciones que atentan contra la dignidad humana" aun cuando haya consentimiento de la víctima. Sin embargo, contra esto cabe argumentar (aparte de la falta de concreción del criterio) que la dignidad del hombre debe asegurar la libertad de decisión autónoma del particular y por ello no constituye un instrumento adecuado para la restricción de la libertad de acción.

40 Lo decisivo es la inmoralidad del hecho, no del consentimiento (BGHSt 4, 88, 91; RGSt 74, 91, 95; RG DR 1943, 579, n.º 12). Así, cuando alguien se ofrece para una donación de sangre para llevar a cabo una granujada con la gratificación, esto puede ser inmoral; pero la extracción de sangre no lo es, porque su finalidad es socialmente útil y el uso que se le dé a la gratificación en nada le interesa al médico.

41 Como sostiene la opinión absolutamente dominante en la actualidad (sobre los representantes de la opinión contraria, cfr. nm. 8), el ámbito de aplicación del § 226 a hay que restringirlo a las lesiones y no se puede ampliar a otros tipos. El tenor literal y la posición sistemática del precepto no ofrecen puntos de apoyo para una aplicación análoga del § 226 a a otros casos de consentimiento; y como ampliación de la punibilidad atentaría también contra el art. 103 II GG. Por lo demás, la idea jurídica del § 216, que hace que en las lesiones con peligro de muerte se presente el hecho como punible a pesar de un consentimiento, no se ajusta *a priori* a otros delitos. Y para los casos restantes no existe una necesidad políticocriminal de aplicar el pensamiento jurídico del § 226 a a otros tipos, pues ya en las lesiones resulta problemático. Cuando alguien se deja cortar un dedo para conseguirse fraudulentamente una pensión de invalidez, una punición del autor por complicidad en el § 263 [estafa] abarcaría suficientemente el contenido de injusto del hecho, sin que necesitara ser castigado por lesiones. Ante esto no subsiste motivo alguno para transferir esa regulación a otros casos y, por ejemplo, castigar además de por complicidad en estafa también por daños a quien, a petición del propietario, destruye el coche de éste para que pueda conseguir del seguro otro nuevo.

IV. Manifestación, objeto, momento y revocación del consentimiento

1. La manifestación como requisito de un consentimiento válido

42 Un consentimiento en sentido jurídico supone que se exteriorice de cualquier forma (así la denominada **"teoría intermedia o mediadora"**) [73]. Frente

[72] Schmidhäuser, LB AT², 8/131; análogo, idem, StudB AT², 5/120.

[73] Así hoy la op. totalmente dom.; cfr. sólo Baumann/Weber, AT⁹, § 21 II 4 b α; LK¹⁰-Hirsch, antes del § 32, nm. 109; Jescheck, AT⁴, § 34 IV 2; Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 32, nm. 43.

a ella, la **"teoría de la declaración de la voluntad"** (o, mejor, **"teoría del negocio jurídico"**) [74], fundada por Zitelmann y hoy generalmente abandonada, concebía el consentimiento como un negocio jurídico privado, mediante el cual se otorgaba al agente un derecho de intervención revocable. Sin embargo, en el consentimiento no se trata de una obligación (aunque sea incluso revocable) del portador del bien jurídico, sino por el contrario del ejercicio de la libertad general de acción en el sentido del art. 2 I GG (cfr. nm. 14), que no está sujeta a reglas jurídico-civiles; aparte de que los bienes jurídicos más altamente personales muchas veces no pueden ser objeto de negocios jurídicos.

Ciertamente, eso no excluye, dado el caso —sobre todo en los objetos patrimoniales—, la perfección misma de un contrato vinculante sobre la autorización de una intervención ajena; p.ej. si un propietario se obliga a permitir al vecino el derribo de un árbol. En efecto, ello implica un consentimiento, de modo que la tala acordada del árbol no constituye daños. Pero el contrato va en sus presupuestos y efectos considerablemente más allá de lo que se desprendería de un mero consentimiento [75]. **43**

Pero por otra parte hay que rechazar también la **"teoría de la dirección de voluntad"** [76], diametralmente opuesta a la teoría del negocio jurídico. Para ella, el consentimiento consiste "en el puro proceso anímico de la renuncia a la voluntad de protección jurídica. Es suficiente, en consecuencia, con la aprobación interna, sin que necesite manifestarse al exterior" [77]. Sin duda que en el consentimiento se expresa la voluntad interna del portador del bien jurídico; pero un pensamiento no manifestado no es **expresión** de la voluntad y, por falta de comprobabilidad, no es adecuado para vincular consecuencias jurídicas al mismo. **44**

De todas maneras, según la teoría intermedia, que está más próxima a la teoría de la dirección de voluntad que a la del negocio jurídico [78], el consentimiento no necesita ser expreso. Basta un consentimiento mediante una acción concluyente; p.ej., quien se implica en una pelea amistosa, consiente implícitamente en las pequeñas lesiones que pudieran derivarse de ella. La jurisprudencia aplica la idea del consentimiento concluyente especialmente en los casos en que se va de acompañante en un coche cuando esto, "por cir- **45**

---

[74] Zitelmann, AcP 99 (1906), 51 ss. Sobre todo Frank se adhirió a esta teoría en la 11.ª-14.ª edición de su Kommentar (Frank, StGB, [11-14]1914, antes del § 51, n. III, p. 109).

[75] Para más detalles H.-D. Weber, 1986, que partiendo de tales consentimientos irrevocables desarrolla una causa de justificación independiente que denomina "contrato jurídicocivil" e intenta determinarla en sus límites; sobre ello tb. Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 53.

[76] En la época moderna es defendida por Mezger, StrafR, [3]1949, 209 [= Tratado I, 1946, 400; N. del T.]; Noll, 1955, 134; Schmidhäuser LB AT[2], 8/145; Jakobs, AT[2], 7/115; SK[5]-Samson, antes del § 32, nm. 66; Göbel, 1992, 134 ss.

[77] Así KG JR 1954, 429, que se declara expresamente a favor de la teoría de la dirección de la voluntad.

[78] Por eso, el calificativo de Baumann para la teoría mediadora como "teoría debilitada de la dirección de la voluntad" (Baumann/Weber, AT[9], § 21 II 4 b α) es aún más apropiado que la denominación ampliamente utilizada (cfr. LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 109) de "teoría limitada de la declaración de la voluntad".

cunstancias especiales entraña un mayor riesgo, lo cual reconoce el acompañante y a pesar de ello se decide a participar" [79].

46 Por otra parte, el consentimiento —incluso concluyente— no necesita ser declarado frente al que actúa, o ni siquiera que sea reconocible para él. Cuando el propietario da instrucciones a sus empleados de que no procedan en caso de daños, existe un consentimiento eficaz, incluso aunque el autor nada sepa de ello. Ciertamente, en tal caso sólo se excluye el tipo objetivo, de forma que la conducta del autor sigue siendo punible por tentativa imposible (cfr. nm. 83). Aparte de esto, en la no intervención sólo puede verse un consentimiento allí donde éste se base en una libre decisión del titular del bien jurídico. Cuando alguien permite que se produzca una ingerencia en sus bienes jurídicos sólo porque considera que no tiene sentido intervenir, o porque tiene miedo del agresor, entonces esto no es un consentimiento eficaz (cfr. para más detalles sobre el problema de la coacción nm. 78 ss.). Por tanto, el consentimiento es en efecto sólo "expresión de la conformidad del parecer interno propio con el ajeno", pero, desde luego, "más que un mero admitir y que un mero dejar hacer" (RGSt 68, 307).

47 No obstante, en la jurispr. y en la doctrina se defiende predominantemente la teoría de la dirección de la voluntad para los casos de acuerdo (cfr. nm. 5) [80], según la cual debe bastar con la "aprobación interna" [81], sin que necesite de una manifestación. No está claro, sin embargo, cómo debería fundamentarse este tratamiento diferenciado. Pues los argumentos que hablan en contra de la teoría de la dirección de la voluntad (nm. 44) son válidos del mismo modo para el consentimiento y para el acuerdo. El ejemplo de la "trampa al ladrón" (nm. 5), que constantemente se invoca, no demuestra de ninguna manera que los meros pensamientos del propietario puedan excluir la realización del tipo de hurto (§ 242). Cuando la policía pone billetes preparados para atrapar de esta forma a un buscado ladrón (así el supuesto de hecho en BayObLG NJW 1979, 729), el autor que cae a ciegas en la trampa sin duda sólo es culpable por tentativa de hurto. ¡Pero la maniobra de preparación y exposición permite reconocer externamente con toda claridad la voluntad de la policía de que el ladrón pudiera lograr la custodia del billete! Sin duda hay también únicamente una tentativa (impune) de allanamiento de morada si el propietario con ayuda de un policía infiltrado atrae a un ladrón a su vivienda y allí le hace detener por funcionarios de policía que al efecto estaban preparados. Pero tampoco

---

[79] OLG Oldenburg NJW 1966, 2132 s.; además BayObLG NJW 1968, 665; OLG Schleswig SchlHA 1959, 154; OLG Celle NJW 1964, 736; MDR 1969, 69. Sobre mi propio punto de vista cfr. nm. 47 s., y *supra* § 11, nm. 98 ss.

[80] Cfr., aparte de los autores nombrados en n. 11, tb. Jescheck, AT[4], § 34 I 2, para el caso de la "trampa al ladrón" (cfr. ya *supra* nm. 5, así como el texto que sigue); Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32 (para una parte de los casos).

[81] BayObLG NJW 1979, 729.

aquí se carece en absoluto de la manifestación de voluntad, como reclama la teoría intermedia.

Cuando, por el contrario, realmente sólo exista un puro asentimiento interno, el autor debe ser castigado por delito consumado, incluso en los casos de acuerdo (p.ej. el propietario piensa: no me vendría nada mal que me robasen mi viejo coche del garaje, que está debidamente cerrado; con ello el seguro me financiaría uno nuevo). Incluso en la violación (§ 177) el tipo sólo puede darse por excluido cuando una eventual "anuencia interna" de la mujer es reconocible de alguna forma exteriormente. No es preciso que eso ocurra mediante palabras, pero se debe desprender de la reacción de la víctima. Si se quisiera renunciar a toda "manifestación" y atender solamente a los "pensamientos más íntimos" de la mujer, en su caso contradictorios con su conducta externa, entonces se perdería toda seguridad jurídica y se abriría un campo excesivamente amplio a los inconsistentes errores de tipo del autor. **48**

2. Acción y resultado como objeto del consentimiento

Objeto del consentimiento no es solamente la acción del autor, sino también el resultado; pues éste es una parte esencial del tipo (cfr. para más detalles § 10, nm. 88 ss.). Que el consentimiento debe referirse también al resultado, es algo bastante evidente en los delitos dolosos. Sin embargo, en los hechos imprudentes es discutible si no puede darse un consentimiento en acciones y riesgos sin que simultáneamente se consienta en el resultado. Esta cuestión sólo se puede discutir más a fondo en la exposición de los delitos imprudentes (cfr. § 24, nm. 101). **49**

3. Momento y revocación del consentimiento

El consentimiento debe ser prestado antes del hecho (BGHSt 17, 359) y es libremente revocable, en tanto no exista en el caso concreto un vínculo contractual (nm. 43). Además, para su revocación tampoco puede ser suficiente el cambio de voluntad puramente interno, sino que debe exigirse su manifestación al exterior. Una autorización ulterior (p.ej.: la víctima regala al ladrón lo robado, después del descubrimiento del hecho) carece de influencia sobre la realización del tipo. Pues, de lo contrario, el perjudicado podría decidir sobre la pretensión penal estatal, lo cual va en contra del principio de oficialidad (o principio de intervención de oficio). En los delitos perseguibles a instancia de parte, claro está que el perjudicado puede ahorrar al autor la persecución del hecho cuando renuncia a la interposición de la denuncia o querella; y también en los delitos perseguibles de oficio, en la medida en que sea posible un sobreseimiento (§§ 153 ss. StPO), un posterior acuerdo de la víctima puede tener a menudo alguna influencia sobre la decisión de los órganos encargados del proceso penal. Si el consentimiento se presta después del comienzo del hecho, pero antes de **50**

su consumación (por ejemplo, la víctima de una tentativa de violación consiente voluntariamente en el yacimiento después del empleo de la fuerza), existe tentativa, respecto de la cual, debido a la imposibilidad de consumación del hecho, no es posible un desistimiento liberador de pena; sin embargo, será raro que casos como éste lleguen a denunciarse.

V. La capacidad de comprensión

51 La pregunta de qué entidad debe exigirse a la capacidad de comprensión para la eficacia de un consentimiento, no se puede responder de modo uniforme. La opinión de que en los casos tradicionales de acuerdo la cuestión depende de la voluntad natural del portador del bien jurídico, mientras que en el consentimiento, por el contrario, depende de la voluntad responsable y no turbada del portador del bien jurídico (nm. 6), simplifica demasiado. El hilo conductor de la interpretación debe ser la idea de que ahí donde el consentimiento ya excluye la realización de un determinado elemento del tipo, sólo la interpretación del elemento concreto puede determinar las exigencias en cuanto a capacidad de comprensión. Por el contrario, donde el consentimiento como causa de exclusión del tipo se coloca junto a los demás elementos del tipo, son admisibles afirmaciones generalizables, porque el consentimiento se presenta aquí sólo como expresión de la libertad de acción en general, más allá de las singularidades de los elementos del tipo en particular.

52 En primer lugar, en todos los delitos de coacción se trata de la voluntad natural, por sí misma o bajo un punto de vista determinado, como bien jurídico protegido. Cuando niños o borrachos consienten en acciones de otros que violan su esfera jurídica, pese a ello la conducta del autor puede ser punible (p.ej. conforme a los §§ 176, 179 [abuso sexual de niños o de personas incapacitadas para resistir]); pero no se trata de un delito de coacción (§§ 240, 177, 178). Igualmente se protege en los §§ 237 y 239 [rapto no consentido y detención ilegal] la esfera de voluntad de la víctima en su pura facticidad (respecto del § 237: BGHSt 23, 1, 3). Sólo la voluntad natural de la víctima decide también en el tipo de hurto (§ 242) sobre la existencia de una sustracción: puesto que el sustraer se entiende como el quebrantamiento de la custodia ajena y el establecimiento de una nueva custodia (que se entiende, sin embargo, como dominio real sobre una cosa), falta también la sustracción cuando un niño o un enfermo mental consiente en la consecución de una cosa por otro. En tales casos, por tanto, no entra en consideración el hurto, sino la apropiación indebida (§ 246). También en el allanamiento de morada (§ 123) hay que aceptar que solamente la voluntad natural del titular del derecho de morada es la que debe protegerse contra la perturbación por extraños; por tanto, incluso cuando un enfermo mental deja pasar a un visitante, éste no ha "allanado" en el sentido del § 123. En la permisión por parte de

niños pequeños la situación es normalmente distinta, pues no suelen ejercer ningún derecho de morada.

En otros casos, que al sostener la bipartición deberían contemplarse como casos de acuerdo (nm. 22), por el contrario, sólo se puede considerar eficaz la aprobación del portador del bien jurídico cuando ésta se produce por el entendimiento suficiente del sentido y de las consecuencias de su consentimiento. Cuando alguien, p.ej., se permite alusiones ofensivas en desprecio de un menor, un enfermo mental o un borracho, entonces la aprobación del destinatario sólo excluye el tipo de injuria (§ 185) cuando éste ha entendido lo injurioso en sí de la observación y el valor social del honor personal [82]. Lo propio valdrá también para los tipos de los §§ 201-203 [descubrimiento y revelación de secretos]. **53**

Por otra parte, un acuerdo puede exigir incluso una cualidad jurídiconegocial de la declaración de la conformidad. Así sucede en el § 266, donde el estar de acuerdo el titular del negocio con una operación que sobrepasa el pedido original ya excluye la característica típica de "abuso" de la facultad de disposición o de obligación [83]. Sin embargo, esto sólo puede suceder cuando el acuerdo amplía el poder de acción jurídicocivil del asesor patrimonial, lo cual, a su vez, exige la validez jurídiconegocial de la manifestación de la conformidad [84]; en un caso así, el acuerdo de un menor tampoco puede, por lo tanto, excluir el tipo de gestión desleal, ni siquiera cuando el menor entienda el sentido y el alcance de su manifestación. **54**

En los casos corrientes de consentimiento, que la doc. dom. considera de justificación, mientras que aquí se consideran igualmente de exclusión del tipo (nm. 12 ss.), la jurispr. [85] y la op. dom. [86] requieren desde siempre la concreta **55**

---

[82] Esto está de acuerdo con la constante jurispr. del RG y del BGH, que suele aceptar una injuria, sobre todo en actos sexuales frente a menores, incluso cuando hay consentimiento de la víctima, con la argumentación de que el menor aún no es capaz de captar en su totalidad el significado del honor sexual. Lo único que se puede argumentar en contra de esta jurispr. es que los límites del Derecho penal sexual se borran de una manera inadmisible cuando, con ayuda del "tipo residual" de la injuria, se vuelven a penalizar, por la puerta trasera, actos sexuales que no son punibles como delitos sexuales (§§ 174 ss.). En realidad, en la mayoría de los actos sexuales frente a menores no se trata de la manifestación de menosprecio, sino de lesiones al pudor que no caben en el § 185 (cfr. Sch/Sch/Lenckner[24], § 185, nm. 4). La subsunción, muchas veces desacertada, bajo el tipo de injuria, sin embargo, no cambia nada el hecho de que los principios que la jurispr. ha desarrollado en este contexto sobre el consentimiento merecen aprobación (cfr. sólo RGSt 29, 398; 41, 392; 60, 34; 71, 224; BGHSt 1, 288; 5, 362; 8, 357; BGH GA 1963, 50).

[83] BGHSt 3, 24 (25); por el contrario, BGHSt 3, 32 (39); 9, 203 (216), al parecer sólo admiten una causa de justificación. Como aquí la opinión dominante en la literatura; cfr. Sch/Sch/Lenckner[24], § 266, nm. 21, con ulteriores referencias.

[84] Cfr. Lenckner, ZStW 72 (1960), 451.

[85] Cfr. sólo RGSt 41, 392 (395 ss.); BGHSt 4, 88 (90 s.); 5, 362; 8, 357; 12, 379 (382); 23, 1 (4); BGHZ 29, 33 (36 ss.). Amelung, ZStW 104 (1992), 535 ss. ofrece un resumen instructivo sobre los resultados heterogéneos a los que llega la fórmula jurisprudencial en las distintas formaciones de casos.

[86] Cfr. sólo Jescheck, AT[4], § 34 IV 3; Maurach/Zipf, AT/1[8], 17/57; LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 118.

capacidad de entendimiento y de juicio del que consiente, como requisito para la validez del consentimiento. Así que, por un lado, no basta con la voluntad puramente fáctica (natural) del portador del bien jurídico; pero por el otro lado, tampoco se exige ninguna capacidad negocial jurídicocivil. Ello es de recibo: no puede ser suficiente la voluntad natural, porque la conformidad sólo sirve al libre desarrollo de la personalidad cuando se apoya en un entendimiento suficiente del sentido y del alcance de la intervención. Y no se puede tratar de la capacidad de celebrar negocios jurídicos, ya por el mero hecho de que el consentimiento no es un negocio jurídico (cfr. nm. 42).

56 Cuando existe una "concreta capacidad de comprensión y de juicio", es una cuestión de hecho y no depende de determinados límites de edad. De todas formas, en niños (hasta 14 años) que penalmente tampoco son responsables, se negará por principio la capacidad de comprensión y, por lo demás deberá afirmarse en un joven de 17 años antes que en uno de 14. En la práctica, la pregunta cobra sentido sobre todo en las intervenciones médicas (por ejemplo, operaciones). Normalmente se podrá afirmar aquí la capacidad de entendimiento en un joven que haya sido informado debidamente por el médico, de modo que es determinante la decisión del joven y no la decisión quizás discrepante del representante legal. Ahora bien, si la decisión tomada por el joven va en contra de todo sentido común médico, ello constituirá un fuerte indicio de carencia de capacidad de comprensión, por lo que entonces pasa a ser preferente la decisión del representante legal (para más detalles sobre esto nm. 61 ss.). Asimismo hay que introducir exigencias más rigurosas para la capacidad de entendimiento en las intervenciones sin indicación médica. Si, por ejemplo, un joven de 17 años quiere que le esterilicen, el médico tendrá que rechazar tal pretensión (salvo, por ejemplo, en caso de una enfermedad hereditaria grave del joven); pues una persona joven aún en desarrollo no puede, en su inmadurez, darse cuenta de que tal vez más tarde le gustaría fundar una familia y entonces se arrepentiría amargamente de una intervención irreparable (el § 2 I n.º 3 KastrG se puede invocar aquí análogamente) [87].

57 Por el contrario, en los adultos se deberá afirmar, por norma general, la capacidad de entendimiento y de juicio en tanto su imputabilidad en relación con el caso concreto no haya disminuido y con tal de que sean suficientemente informados sobre los fundamentos reales del consentimiento (sobre el error en el consentimiento, cfr. nm. 76 s.). La jurispr., en cambio, exige unos requisitos que van más lejos.

Ejemplo 1 (BGH NJW 1978, 1206): Una paciente P sufría desde hacía años de unos fuertes dolores de cabeza, cuya causa no habían podido averiguar todos los esfuerzos médicos. En vista de ello, llegó al convencimiento de que sus dientes empastados habían originado el mal y manifestó su intención de sacarse estos dientes. El médico que la trataba le dio a

[87] Sobre el consentimiento en la prueba de anticuerpos de VIH en menores, Lesch, NJW 1989, 2309 ss.

entender la inconsistencia de su suposición, pero no pudo hacerla cambiar de opinión y la remitió al dentista acusado A, al cual aclaró las circunstancias. También A comprobó que el estado de los dientes no podía ser la causa de los dolores de cabeza, y le comunicó a la paciente el diagnóstico. P no estaba segura de que la extracción de los dientes eliminaría los dolores de cabeza, pero persistía en su deseo de extraerlos, puesto que lo consideraba la única terapia que quedaba. Con la observación de que era asunto de ella si quería "sacarse los dientes" o no, después de esto A llevó a cabo más tarde la extracción. Los dolores de cabeza no mejoraron.

El BGH consideró ineficaz el consentimiento y condenó a A por lesiones. Se alegó que la "profana falta de comprensión" de P se había basado en "ignorancia y en un estado de ánimo que le impedía una ponderación racional de los argumentos médicos alegados". Como A no había conseguido "que la idea que tenía la testigo... concordara con un juicio médico realista", A debía haber renunciado a la extracción.

El fallo ha sido rechazado en la doctrina [88], y con razón. Pues, dado que no hay nada que haga evidente un trastorno mental o psíquico de P, en definitiva la sentencia termina declarando que los consentimientos "insensatos" son ineficaces por exclusión de la capacidad de comprensión. Pero esto es falso, pues la libertad general de acción, en la que se basa el consentimiento, garantiza en la misma medida, dentro de los límites del art. 2 I GG, la libertad para acciones sensatas e insensatas. En las lesiones, el límite de la punibilidad se determina a través del § 226 a (nm. 36 ss.). Y el respeto de una decisión objetivamente insensata, pero deseada por el portador del bien jurídico, aún no es contrario a las buenas costumbres y el BGH tampoco lo cree así; sin embargo, se burla lo dispuesto por el § 226 a cuando por admitir una insuficiente capacidad de entendimiento se llega, no obstante, a la punibilidad. También está fuera de discusión que el paciente puede decidir libremente la extracción de todos los dientes, incluso sanos, con fines exclusivamente cosméticos (para mejorar el aspecto mediante una prótesis). ¿Por qué tendría que ser diferente entonces, cuando un paciente ve la única oportunidad para curarse en tal medida, cuyo efecto desfigurativo también se anula aquí por medio de una prótesis? Está admitido que las intervenciones médicas no deben llevarse tampoco a cabo aunque la negativa del paciente sea insensata; entonces, *sensu contrario*, debe ser admisible de la misma manera una intervención cuando se base en una decisión objetivamente insensata del paciente. **58**

En cambio, Amelung [88a] atiende precisamente al criterio de la "sensatez": "Hay que considerar incapaz de consentir a quien no está en condiciones de defender sus intereses de una manera sensata". Y aunque para ello quiere sentar como base el "sistema de valores del que consiente", evidentemente no quiere reconocer las decisiones irracionales como consentimiento eficaz: "Quien se hace ilusiones acerca de que una operación cosmética le hará más atractivo para el otro sexo, actúa de forma irracional si consiente en dicha intervención... Si, **58a**

---

[88] Horn, JuS 1979, 29; Hruschka, JR 1978, 519; Rogall, NJW 1978, 2344; Rüping, Jura 1979, 90; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 40; coincidiendo en el resultado con el BGH, Bichlmeier, JZ 1980, 53 (cfr. nm. 77 y n. 123); Amelung, ZStW 104 (1992), 548.

[88a] Amelung, ZStW 104 (1992), 544, 548.

como en el fallo del BGH sobre la extracción de dientes, no existe esperanza de que el sacrificio de los dientes empastados vaya a anular los molestos dolores de cabeza, entonces la decisión de dejarse extraer esos dientes es insensata". Sin embargo, como ya dijimos anteriormente (nm. 58), también se protege la libertad de tomar decisiones insensatas; después de todo, la mayoría de las decisiones humanas, están co-influidas, cuando menos, por motivos irracionales. De lo que se trata es, únicamente, de que a un hombre, que por lo demás es totalmente responsable de sus acciones, se le comunique que científicamente no hay motivo por el que se pueda suponer que una operación cosmética o una extracción dental vaya a tener los resultados por él deseados. Qué conclusiones saca de ello el paciente, es ya su problema.

Ejemplo 2 (BGHSt 4, 88): El acusado A fue incitado por D a una riña. Antes, D había ingerido cuatro botellas de cerveza en una cervecería; provocó a A para que se metiese en la pelea, con el reproche de que éste era un "perro cobarde"; D murió a consecuencia de un puñetazo de A, que le provocó un fatal derrame cerebral.

59 El BGH condenó a A por lesiones con resultado de muerte (§ 226) y consideró ineficaz el consentimiento de D en las lesiones, como hay que admitir que se da en la riña mutuamente aceptada, ya por el hecho de que D estuviera ebrio y ya no tuviera la necesaria "capacidad de juicio ni tranquilidad de ánimo" para darse cuenta del alcance de su actuación. Esto podría llevar demasiado lejos. Ciertamente el BGH objeta, con razón, a la instancia inferior, la cual había apreciado en D "la comprensión necesaria para juzgar el hecho", que no hace falta que exista ningún "estado de incapacidad negocial en el sentido del Derecho civil o de inimputabilidad en sentido jurídicopenal" (loc. cit., 90); pero habrá que exigir por lo menos una mermada imputabilidad en el sentido del § 21, respecto de la cual aquí igualmente nada se ha demostrado. Si más allá de la plena responsabilidad jurídicopenal se ponen aún más exigencias en cuanto a "capacidad de juicio y tranquilidad de ánimo" del que consiente, se destruye entonces la seguridad jurídica, a la que no se puede renunciar en la zona límite de la punibilidad. En ese caso también debería ser punible de antemano cualquier riña entre jovenzuelos a la salida de una cervecería, lo cual es una hipótesis un tanto ajena a la vida real [89].

60 Una opinión minoritaria defendida en la doctrina [90] requiere para la validez del consentimiento en violaciones de derechos patrimoniales (por ejemplo, en un delito de daños según el § 303, o en una apropiación según el § 246) la capacidad negocial en el sentido del Derecho civil. Cierto es que, al igual que la opinión dominante, no considera el consentimiento como un negocio jurídico, pero sí como una acción jurídica, a la que se pueden aplicar análogamente los §§ 105 ss. BGB. Esto lleva a la consecuencia de que, si, p.ej., un

---

[89] En el resultado, sin embargo, hay que dar la razón a la resolución de BGHSt 4, 88, porque el consentimiento es ineficaz por otros dos motivos (también aducidos por el BGH): el puñetazo mortal contra la sien, por el peligro de muerte que entrañaba, atentaba contra el § 226 a (cfr. nm. 37), y desde un principio no estaba cubierto por el consentimiento, puesto que tuvo lugar antes de que D estuviera preparado para la defensa.

[90] Lenckner, ZStW 72 (1960), 455 s.; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 39; SK[5]-Samson, antes del § 32, nm. 75; Baumann/Weber, AT[9], § 21 II 4 b ß; Dreher/Tröndle[46], antes del § 32, nm. 3 b.

menor consiente en la apropiación de una cosa por otro, éste responderá penalmente por apropiación indebida incluso en el caso de que el menor tenga la plena capacidad de comprensión acerca de lo dispuesto por él; solamente la aprobación del representante legal podría entonces excluir la punibilidad. Como argumento se alega sobre todo el "postulado de la unidad del ordenamiento jurídico y el carácter vinculante de una causa de justificación para todos los ámbitos jurídicos" [91], y con ello se aduce la reflexión de que no tiene sentido tratar una acción jurídicocivilmente ineficaz como, dado el caso, penalmente eficaz [92]. Sin embargo el argumento no se mantiene. Puesto que, según la opinión que aquí se defiende, el consentimiento eficaz ya excluye el tipo, no existe violación alguna de la máxima —así y todo polémica— de la unidad del ordenamiento jurídico en el hecho de que un comportamiento jurídicocivilmente antijurídico sea atípico cuando hay una suficiente capacidad de comprensión del menor; p.ej., las vías de hecho prohibidas (§ 858 BGB) son antijurídicas desde el punto de vista del Derecho civil, pero no constituyen ningún tipo penal. También bajo aspectos teleológicos resulta indicada en ciertas circunstancias una regulación diferente de las consecuencias jurídicas civiles y penales. Cuando un menor consiente en la destrucción de una cosa que es de su propiedad, se corresponde con los fines que se persiguen con la regulación jurídicocivil de la capacidad negocial hacer al autor responsable de una indemnización. Es innecesario, sin embargo, en caso de que exista concretamente una capacidad de comprensión por parte del menor, castigarle además por daños según el § 303.

En determinados ámbitos hay también reglas legales especiales para la **60a** capacidad de consentimiento [92a]. Así, algunas veces se han fijado límites de edad: según el § 2 I Nr.3 KastrG, el consentimiento para la extracción de la glándula germinativa, cuando sirve para la lucha contra un instinto sexual anómalo, tan sólo es eficaz después de cumplir los 25 años. En una esterilización sólo puede consentir una persona mayor de edad (§ 1631 c BGB). Además, existen múltiples normas especiales para el tratamiento del consentimiento de débiles mentales. Algunas veces la capacidad de consentimiento se define legalmente; así, según el § 81 c III 2 StPO, es incapaz de consentir una persona que "por falta de madurez mental o por debilidad de juicio no entienda suficientemente el sentido de su derecho a negarse a responder en el procedimiento de investigación". Asimismo, los menores o los débiles mentales, que no pueden consentir por sí mismos, disponen a menudo de un derecho de veto contra el consentimiento del cuidador, de modo que siguen

[91] *Lenckner*, ZStW 72 (1960), 455.
[92] SK[5]-*Samson*, antes del § 32, nm. 75.
[92a] Buen resumen en *Amelung*, ZStW 104 (1992), 529 ss.

teniendo un cierto poder de decisión (p.ej. en el § 3 III n.º 1 KastrG y en algunas leyes de internamiento de los Länder).

VI. La representación en el consentimiento

61 Si el portador del bien jurídico carece de la necesaria capacidad de entendimiento, entonces puede otorgar en su lugar el consentimiento el cuidador legitimado, quien es a la vez el representante legal según el Derecho vigente. En el caso de los menores son generalmente los padres los legitimados (§ 1626 BGB), y, dado el caso, también la madre extramatrimonial (§ 1705 BGB) o un tutor (§ 1793 BGB); para los mayores de edad puede el Tribunal tutelar de incapaces nombrar un curador para el cuidado de la persona según los §§ 1896 s. y 1901 BGB. Respecto del caso en que, como en los padres menores de edad, no coincidan el derecho de cuidado de la persona y la representación legal, cfr. § 1673 BGB. Una representación de esta índole, que sigue las reglas del Derecho de familia, no sólo es posible allí donde se consiente en la intromisión en derechos patrimoniales, sino también en la intervención en los derechos más personales, como la integridad corporal. Así, si se le debe practicar una operación a un menor al que le falta la comprensión necesaria para otorgar su consentimiento, entonces los padres pueden consentir en su lugar, como representantes legales legitimados para el cuidado. Si, abusando de su derecho de guarda, negasen su consentimiento, entonces el Tribunal Tutelar de menores debe tomar las medidas precisas (§ 1666 BGB); si no hay tiempo para ello, entonces el médico puede realizar la intervención bajo su propia responsabilidad amparado en estado de necesidad justificante (§ 34). Si, por el contrario, el menor posee, por sí mismo, la necesaria capacidad de comprensión, entonces su decisión prevalece sobre la de su representante legal. Esto sigue siendo válido aun cuando el joven, de por sí capaz de comprender, momentáneamente no pueda ejercitar su facultad de decisión, p.ej. porque esté inconsciente; en este caso, el médico debe actuar tal y como presuntamente decidiría el menor (sobre el consentimiento presunto como causa de justificación, cfr. § 18, nm. 1-29), y no como lo quiere el representante legal [93].

62 Sólo se podrá aceptar la exclusión por principio de una representación donde se trate de decisiones irrepresentables de tipo existencial, como en una donación de órganos [94]; cuando al menor (o a un incapacitado) le falta la comprensión exigible en tal caso, su consentimiento no puede sustituirse por

[93] Cfr. sobre todo ello Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 41 s.; Lenckner, ZStW 72 (1960), 446 ss.; Jescheck, AT[4], § 34 IV 3.

[94] O en la esterilización. De ahí resultan problemas no resueltos en las mujeres deficientes mentales, que engendran numerosos niños con taras hereditarias, cfr. Horn, ZRP 1983, 265; G. Hirsch/Hiersche, MedR 1987, 135.

el de su representante legal, sino que no se debe efectuar la intervención. La donación de sangre no podrá considerarse, sin embargo, como tal acto existencial. Por tanto, si en un accidente sólo un joven sin la necesaria capacidad de discernimiento tiene el grupo sanguíneo requerido para una transfusión, se podrá recurrir al consentimiento del representante legal [95]. Por el contrario, en una toma de rehenes (§ 239 b) es imposible sustituir el consentimiento del niño tomado como rehén y carente de capacidad de comprensión, por el de sus padres; pues, del tenor literal del § 239 b se desprende que este precepto protege asimismo contra una toma de rehenes por los propios padres (BGHSt 26, 10).

Asimismo es posible, en principio, una representación convenida en el con- 63
sentimiento [96], sobre todo, indudablemente, sobre los valores patrimoniales; el propietario que reside en el extranjero puede autorizar al administrador de sus bienes en Alemania para que consienta, en su lugar, intervenciones en la propiedad (como, por ejemplo, la recogida de fruta por vecinos). En la intervención en derechos de la personalidad a menudo se rechaza o se enjuicia con recelo la posibilidad de una representación en el consentimiento [97]. Pero sin motivo, pues tampoco tales decisiones son irrepresentables sin más ni más. Así, por ejemplo, puede "el criado permitir, en representación del inquilino, la entrada en la vivienda a un tercero" y, con ello, excluir un allanamiento de morada (§ 123), o, "el secretario, que despacha la correspondencia del dueño del negocio", puede estar autorizado a servirse para ello de un tercero, de modo que no existe en ese caso una violación del secreto postal (§ 202) [98].

De todas formas hay intromisiones que tocan tan de cerca al núcleo de la 64
personalidad, que su autorización se revela como una decisión no representable. Así, es apenas imaginable que alguien pueda ceder a un tercero la autorización de expresiones de menosprecio (§ 185) o de unas lesiones (§ 223). Cuando, p.ej. alquien pone en manos de un experto (por ejemplo, de un médico amigo) el consentimiento en una operación, entonces el paciente mismo también consiente al aceptar esa decisión y hacerla suya. Una representación en el consentimiento en las lesiones es, pues, como máximo sólo concebible allí donde el portador del bien jurídico no tenga capacidad de acción. Alguien, por ejemplo, encarga a otro asistir a su operación y, en caso de que haya alguna complicación, permitir o rechazar posteriores intervenciones [99]. Sin embargo, en un caso así no puede decirse que se le atribuye al "representante"

[95] Lenckner, ZStW 72 (1960), 460 s.; de otra opinión al parecer LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 117.
[96] Cfr. p.ej. LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 117; Baumann/Weber, AT[9], § 21 II 4 b; Schmidhäuser, LB AT[2], 8/143; Noll, 1955, 124 ss.; Kientzy, 1970, 111 ss.
[97] Cfr. LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 117.
[98] Ejemplos de Noll, 1955, 125 s.
[99] Cfr. sobre este caso Noll, 1955, 125 s.; Kientzy, 1970, 112 ss.

un verdadero poder de decisión. Más bien hay que admitir que sólo debe actuar como consejero en la averiguación de la voluntad presunta del paciente, de modo que los médicos no necesitan seguirle si su decisión fuera en contra del interés del paciente y de su presumible voluntad. Por tanto, hay que solucionar el caso con ayuda de la causa de justificación del consentimiento presunto *(infra* § 18, nm. 3 ss.) y no mediante la aceptación de una representación en el consentimiento.

65 Indiscutiblemente y con independencia de la posibilidad de una representación, está permitido manifestar o transmitir un consentimiento a través de un emisario. Por consiguiente, no hay inconveniente en, por ejemplo, dar por válido un consentimiento en una operación, cuya manifestación al médico ha sido delegada por el paciente a un pariente, antes de perder el conocimiento.

VII. Vicios de la voluntad en el consentimiento

1. Engaño

66 Unánimemente se reconoce que no pueden ser aplicables las normas jurídicociviles sobre el significado de los vicios de la voluntad (§§ 119, 120, 123 BGB). Pues, jurídicocivilmente, las manifestaciones que adolecen de vicios de voluntad son, por de pronto, válidas y sólo posteriormente pueden ser impugnadas a libre elección del manifestante; por el contrario, en el Derecho penal debe constar en el momento de la intervención si el hecho es punible, es decir, si el consentimiento es eficaz o no [100]. Según la opinión tradicional, los errores convierten sin duda alguna en ineficaz el consentimiento, a cuyo efecto muy frecuentemente se exceptúan los meros errores sobre el motivo, cuya delimitación, sin embargo, de los errores dignos de tomarse en consideración siempre ha quedado oscura [101]. Además, a menudo se distingue todavía entre acuerdo y consentimiento; y se considera que la relevancia que en principio tienen los vicios de la voluntad debe afectar sólo al consentimiento, mientras que la eficacia del acuerdo no debe verse influida por ningún tipo de vicios de voluntad (para más detalles nm. 7). La jurisprudencia no ha desarrollado criterios concretos, sino que ha cargado el enjuiciamiento en lo esencial al juez del hecho; éste debiera, "independientemente de los puntos de vista decisivos en el Derecho civil, decidir en cada caso individual, con la apreciación correspondiente de las circunstancias particulares, si y hasta qué punto ha de tomarse en consideración objetivamente el vicio de la voluntad" [102].

---

[100] Kühne, JZ 1979, 243.

[101] Cfr. p.ej. Blei, AT^{18}, § 37 II 1; Baumann/Weber, AT^{9}, § 21 II 4 b δ; LK^{10}-Hirsch, antes del § 32, nm. 119-121; Maurach/Zipf, AT/1^{8}, 17/59; Stratenwerth, AT^{3}, nm. 382.

[102] OLG Stuttgart NJW 1962, 63.

En cambio, Arzt [103] ha desarrollado una teoría restrictiva, según la cual un engaño convierte en ineficaz el consentimiento sólo cuando conduce a un error referido al bien jurídico, es decir, cuando el que consiente yerra sobre el modo, dimensión o peligrosidad de la renuncia al bien jurídico; no, por el contrario, cuando su error sólo se refiere a una contraprestación esperada. 67

Ejemplo 3: A consiente en que B le ponga una inyección calmante. B le oculta que la inyección tiene efectos perjudiciales para la salud.

Ejemplo 4: A manifiesta a una organización de ayuda que está dispuesto a donar sangre por unos honorarios de 50 marcos. Sin embargo, el representante de la organización le ha engañado sobre su capacidad de pago, de modo que A se va con las manos vacías.

En el ejemplo 3 existe un error relativo al bien jurídico que, según la teoría expuesta, hace ineficaz el consentimiento; pues A no estaba enterado de la dimensión del perjuicio corporal que le habían ocasionado. Por el contrario, en el ejemplo 4, el error no afecta a la intensidad y la peligrosidad de la intervención corporal, sino sólo a la contraprestación; por tanto, el consentimiento sería aquí válido y con ello se excluiría un castigo por lesiones. En cambio, según la doctrina tradicional habría que afirmar una lesión en ambos casos.

La solución razonable podría estar en el medio [104]. De la idea fundamental del consentimiento se desprende que éste sólo puede ser eficaz en la medida en que el acontecimiento se presenta, según baremos normativos, aún como expresión de la autonomía del portador del bien jurídico, como realización de su libertad de acción. En los errores relativos al bien jurídico falta esto, porque el que consiente no es consciente de en qué medida renuncia realmente al objeto de la acción. Si, por el contrario, el que consiente sólo yerra sobre la contraprestación, como en el ejemplo 4, entonces ha dispuesto libremente de su integridad corporal en la medida en que ésta fue afectada. La defraudada confianza en la contraprestación no excluye esta libertad según baremos jurídicos porque aquélla sólo está protegida a tenor del § 263 [estafa] [105]. Si habitualmente se ofrece una donación de sangre por dinero, entonces ésta supone una disposición patrimonial, y el autor que tima en la contraprestación al que consiente incurre en responsabilidad penal por estafa. No hay necesidad alguna de admitir junto a ello además una lesión. Ciertamente, en muchos casos la confianza en la contraprestación no está protegida por el § 263. Cuando, p.ej. alguien consiente en que le propinen una bofetada a cambio de dinero, 68

[103] Arzt, 1970, 17 ss.; le sigue Jescheck, AT[4], § 34 IV 4; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 47 (incluso cuando no se produce un error referido al bien jurídico, sino una situación de falta de libertad referida al bien jurídico); SK[4]-Samson, antes del § 32, nm. 43; Bockelmann/Volk, AT[4], § 15 C I 2 b bb; Wessels, AT[23], § 9 I 2 d; Eser/Burkhardt, StrafR I[4], caso 13, nm. 15 s.; Rudolphi, ZStW 86 (1974), 82 ss.

[104] Para más detalles, Roxin, Noll-GS, 1984, 275 ss.; de acuerdo. Jescheck, AT[4], § 34 IV 4.

[105] En esto sigo las consideraciones fundamentales de Arzt, 1970, 17 ss.; coincide tb. en este punto Kühne, JZ 1979, 244.

pero el autor le ha engañado sobre su voluntad de pagar, deberá rechazarse una estafa; pues el ofrecer la mejilla para una bofetada no es según los usos del tráfico una disposición patrimonial. Pues bien, si se afirmara que concurren unas lesiones, entonces se protegería la confianza en la contraprestación más allá de los límites marcados en el § 263, dando un rodeo por los diferentes tipos en particular, y con ello se favorecería penalmente una "comercialización" de bienes jurídicos altamente personales, de una forma no deseada por el legislador ni tampoco deseable políticocriminalmente.

69 Asimismo es correcto considerar irrelevantes los errores que no se refieren a la contraprestación, sino a otras circunstancias que acompañan el hecho, cuando éstas no se refieren al bien jurídico.

Ejemplo 5 (BGHSt 16, 309): Dos estudiantes de medicina trabajaban como ayudantes *(famuli)* en un hospital rural y practicaban intervenciones de poca envergadura a pacientes, quienes los tomaban por verdaderos médicos.

La pregunta es si la suposición errónea de los pacientes de tomar a los estudiantes por médicos excluía la validez del consentimiento, de forma que habría que admitir entonces unas lesiones. El BGH parte de la premisa de que los vicios de voluntad conducen "de ordinario" a la ineficacia del consentimiento, pero en "casos médicos absolutamente sencillos", como los que se presentaban aquí, opta por hacer una excepción cuando "otro experto en la materia, un practicante o una enfermera, pueden prestar la ayuda necesaria tan correctamente y con tanta seguridad como un médico" (loc. cit., 311). Con esto hay que estar de acuerdo en el resultado. Porque en un caso como éste falta la referencia del error al bien jurídico, ya que la integridad corporal no corría más peligro del que habría corrido en caso de una intervención realizada por un médico. El error sobre la condición de médico no afecta a la autonomía de la decisión del portador del bien jurídico, porque concierne a un punto insignificante según baremos jurídicos. Si, por el contrario, un estudiante hubiera practicado una operación de apendicitis, entonces un error correspondiente del paciente excluiría la eficacia del consentimiento [106].

70 Ahora bien, en el consentimiento en una acción curativa también hay que admitir un error referido al bien jurídico aunque el mismo afecte, no a la intervención inmediata, sino al éxito curativo en general.

Ejemplo 6 (variación del ej. 1): El autor consigue el consentimiento de una mujer en la extracción de sus dientes engañándola al hacerle creer que de esa manera ella se curaría de los dolores de cabeza que venía sufriendo desde hacía años.

---

[106] Así tb. Arzt, 1970, 22, n. 29; sobre el problema de la intervención quirúrgica en virtud de un consentimiento en blanco referente a la persona del médico, más detalladamente Arzt, Bauman-FS, 1992, 201.

Al contrario que en el ejemplo 1, habría que apreciar aquí unas lesiones; la mujer no ha tomado una decisión autónoma, porque se le había ocultado que su estado físico no mejoraría, sino que empeoraría.

Asimismo, en los errores referentes al bien jurídico se podrá incluir también **70a**
el caso en que se engaña sobre el tipo de intervención en la autonomía corporal: p.ej. se practica en secreto una prueba de VIH bajo el pretexto de querer medir determinados valores de la sangre. El consentimiento en el pinchazo y en la toma de sangre no cubre el test de VIH, el cual, en un juicio normativo, determina de modo decisivo el tipo de intervención. Como la víctima no sabe qué se va a hacer con su sustancia corporal, el error se refiere al bien jurídico en sí mismo [106a].

En contra de Arzt y de la opinión mayoritaria, la ineficacia del consenti- **71**
miento no se podrá restringir sin embargo a los errores referidos al bien jurídico. Antes bien, se deberá negar al consentimiento su capacidad excluyente del tipo aun cuando el error no afecte al bien jurídico, sino a un fin altruista, que ha supuesto para el portador del bien jurídico el motivo decisivo para otorgar su consentimiento [107].

Ejemplo 7: Alguien hace creer a una madre que su hijo ha tenido un accidente y que para conservar la vista se necesitaría un trasplante de córnea. La madre se deja convencer por esto para sacrificar un ojo suyo en beneficio del niño. En realidad, el autor quiere utilizar el trasplante para otro fin, o incluso, para dañar a la madre, simplemente para tirarlo.

Aquí no existe un error referido al bien jurídico, pues la madre sabía exactamente lo que entregaba. No se puede decir, sin embargo, que en el suceso, tal y como ocurrió realmente, se manifieste la libertad de acción de la madre. Ella es más bien una víctima deplorable y es necesario proteger mediante el Derecho penal la integridad física contra atentados astutos de esta índole. Cuando hay que decidir de otra manera en un engaño sobre la contraprestación, ello tiene el buen fundamento jurídico de que la libertad de cambio es protegida por el § 263 y fuera del mismo no aparece como merecedora de protección, así que, por consiguiente, la libertad de acción con respecto al tipo de intervención no resulta afectada de una manera jurídicamente relevante. En casos como el del ejemplo 7 sería, sin embargo, cínico afirmar que, según baremos jurídicos, la intervención física tenga cobertura a través de la voluntad del portador del bien jurídico. Asimismo hay que apreciar lesiones p.ej. si alguien, con fines de salvamento, atrae a un transeúnte a una casa en llamas,

---

[106a] De otra opinión Janker, 1988. Joerden, Rechtstheorie 22 (1991), 165 (con ulteriores referencias), trata el caso bajo el punto de vista del fin malogrado y hace para ello consideraciones que suponen un desarrollo general de la cuestión.

[107] Para más detalles Roxin, Noll-GS, 1984, 285 s. Críticamente Brandts/Schlehofer, JZ 1987, 442 ss. que, por un lado, pretenden que sólo los errores referidos al bien jurídico lleven a la ineficacia del consentimiento, pero, por otro lado, extienden tanto el concepto de referencia al bien jurídico, que consideran el consentimiento ineficaz en una medida aún mayor de lo que aquí se defiende. Los grupos de casos aquí desarrollados se abordan constructivamente en Arzt, Baumann-FS, 1992, 201. Rechaza la solución defendida en el texto Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 47.

con la indicación de que su mujer se encuentra encerrada en ella, cuando en realidad sólo está allí su perro. Incluso si el paciente ha considerado en su totalidad los riesgos de explosión y quemaduras, es decir, cuando no se presenta un error referente al bien jurídico, no se le puede negar la protección de los §§ 223 ss. [108].

72 Además deberá considerarse ineficaz un consentimiento cuando el autor simula a la víctima una situación semejante a estado de necesidad, sobre la base de la cual ésta debe considerar erróneamente la disposición del bien jurídico como necesaria para evitar daños [109].

Ejemplo 8:

a) A motiva que B se deje afeitar la cabeza, aduciendo falsamente que tiene piojos.

b) A consigue con astucia el consentimiento telefónico para matar de un tiro una fiera enjaulada, con el falso pretexto que ésta se ha escapado y pone en peligro a la comunidad.

c) B autoriza a A a que tale su bosque, porque A le simula un incendio, al cual tiene que cortar el avance hacia su casa mediante el derribo de los árboles.

Aquí hay que castigar a A por lesiones (a) o bien por daños (b, c). Pues en tales casos el engaño tiene una eficacia coactiva igual a la provocada por una amenaza. Si ésta excluye la eficacia del consentimiento (nm. 78 ss.), lo mismo debe regir también para la coacción motivada por engaño [110].

73 En los casos de acuerdo rige fundamentalmente lo mismo, aunque en ellos, ciertamente, la interpretación del concreto elemento típico que se excluye por el consentimiento, puede dar lugar a modificaciones. En los §§ 177 y 178, el tenor literal de la ley, restringido a la "violencia" y "amenaza con un peligro actual para la vida o la integridad", hace ya patente que el consentimiento en acciones sexuales actúa como excluyente del tipo aun cuando se haya conseguido mediante engaño. Esta decisión legislativa tampoco puede ser eludida aceptando una injuria y considerando en ese aspecto desatendible el consentimiento como consecuencia del error. Por eso había que admitir la impunidad en el caso singular del "Barbarroja de Tübingen", quien había inducido a iniciar relaciones sexuales a numerosas mujeres con el falso pretexto de que, de lo contrario, él corría el peligro de enloquecer y de quedarse ciego [111]. Lo mismo rige para los casos, más próximos en la vida real, en que alguien obtiene por astucia el consentimiento en unas relaciones sexuales, mediante una promesa de matrimonio no hecha en serio [112]. En el § 242 [hurto] el tomar una

---

[108] Así en el resultado tb. Zipf, 1970, 40; Kühne, JZ 1979, 246; similar Bloy, ZStW 96 (1984), 713 ss., para el caso del *consentimiento en una privación de libertad obtenido fraudulentamente*.

[109] Este grupo de casos ha sido elaborado sobre todo por Jakobs, AT², 7/121.

[110] Más detalladamente Roxin, Noll-GS, 1984, 286 ss.; de acuerdo Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 32, nm. 47.

[111] A eso tiende en el resultado tb. OLG Stuttgart NJW 1962, 62; cfr. sobre ello Arzt, JuS 1982, 725.

[112] Así en el resultado ya RG GA 45 (1897), 47; cfr. sobre todo ello nm. 7.

cosa con consentimiento evidentemente tampoco es una "sustracción" aun cuando aquél se haya obtenido con fraude; pues este caso se regula en el § 263 [estafa]. Igualmente, conseguir entrar mediante engaño en una casa no es un "allanamiento" en el sentido del § 123. Pues con la ayuda de esta característica sólo se protege la decisión del titular del derecho de morada sobre la entrada. Las expectativas que éste abrigue en cuanto al comportamiento de un invitado no pertenecen al ámbito de protección del tipo, según el contenido del § 123 [113]. En efecto, si el invitado se porta irrespetuosamente, hace falta una previa expulsión, cuya inobservancia volverá a encajar en el § 123. Y quien atrae con astucia a una mujer a su casa y allí la viola, debido a la ineficacia del "acuerdo" responderá penalmente, aparte de por el § 177 [violación], también por el § 237 [rapto] (BGHSt 32, 267).

Kühne [114] ha desarrollado una teoría, según la cual las representaciones equivocadas 74
del titular del bien jurídico nunca deben poner en duda la eficacia de su consentimiento. De todos modos, el que recibe la declaración, si conoce el vicio de la voluntad o, incluso, lo ha provocado él conscientemente, no podrá, en la mayoría de los casos, invocarlo, debido al abuso del derecho (prescindiendo, sobre todo, de engaños sobre el valor de canje, en lo cual Kühne sigue a Arzt). Esto lleva a menudo a soluciones defendibles, pero en su fundamentación no merece apoyo. No parece evidente que deban adscribirse de forma general errores al "ámbito de riesgo" del declarante, incluso cuando dichos riesgos fueran provocados conscientemente por la otra parte, máxime cuando esa adscripción resulta de nuevo anulada posteriormente en gran parte mediante la construcción del abuso en la forma de proceder.

75
Jakobs [115] trata como eficaces todos los consentimientos conseguidos mediante engaños no referidos al bien jurídico, pero (al contrario que Arzt) en gran parte de los casos reclama la responsabilidad como autor mediato por parte de quien engaña [116]. En definitiva, esto acaba en la ineficacia del consentimiento. Jakobs acepta una autoría mediata "cuando... se finge una situación, en la que existe un motivo para la acción", cuando el que engaña "es competente para (responsable de) la situación en la cual es razonable la renuncia al bien jurídico o le parece razonable al que consiente" [117]. Al contrario de Arzt y de la opinión que aquí se defiende, con esto los engaños referidos a la contraprestación también pueden dar lugar a la autoría mediata.

2. Error

76
Según la opinión probablemente dominante, un consentimiento influido por error es nulo también aunque el error no haya sido causado por engaño, sino que tenga su origen únicamente en la persona del que consiente [118]. Esto no puede ser de recibo [119]. Pues todo consentimiento requiere una manifestación (nm. 42 ss.), y "manifestado" es solamente aquello que resulta de una inter-

---

113 Cfr. sobre ello tb. Arzt, 1970, 27, con ulteriores referencias; Geppert, Jura 1989, 380 ss.

114 Kühne, JZ 1979, 241 ss. Críticamente Roxin, Noll-GS, 1984, 291 ss.

115 Jakobs, AT², 7/118 ss., 14/7 ss.

116 Críticamente sobre ello Roxin, Noll-GS, 1984, 291 ss.

117 Jakobs, AT², 7/121, 123.

118 Cfr. los autores mencionados en n. 101.

119 Cfr. sobre todo Arzt, 1970, 48 ss.; Kühne, JZ 1979, 242 ss.; Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 32, nm. 46. Diferenciadamente Jakobs, AT², 7/116 ss.

pretación objetiva. Esto es válido incluso para errores en la declaración referidos al bien jurídico [120]. Si alguien quiere escribir a su vecino: "no estoy de acuerdo con que Ud. tale mi árbol que está en la linde de la finca", pero se olvida la palabra "no", entonces hay que partir de la existencia de un consentimiento (para el Derecho civil esto es de todos modos evidente); pues el Derecho sólo puede considerar como voluntad del titular del bien jurídico aquello que ha manifestado objetivamente, no sus pensamientos, que quedan en el fuero interno. Esto tiene como consecuencia (también razonable desde el punto de vista práctico) que el vecino no comete ninguna agresión antijurídica en el sentido del § 32 cuando tala el árbol confiando en el consentimiento. El propietario está suficientemente protegido por el hecho de que puede revocar el consentimiento en todo momento, mientras no se haya producido la intervención. De todas formas habrá que fallar de otra manera cuando el receptor de la manifestación adivina el error del que consiente y conscientemente se aprovecha de ello; en los casos en que concurriendo engaño hubiera que considerar ineficaz el consentimiento (nm. 68, 71 ss.), la apelación a éste habrá que considerarla aquí como abuso del derecho [121]. Por consiguiente, hay que castigar al vecino por daños si sabe exactamente que el propietario del árbol quería negarle el consentimiento para la tala prevista y sólo se había equivocado al escribir.

77 Para el principio de que los errores no debidos a engaño no ponen en duda la eficacia del consentimiento, rige, de todas formas, una excepción cuando el receptor de la manifestación tiene el deber jurídico de eliminar posibles representaciones equivocadas del titular del bien jurídico mediante una aclaración o información pericial. Así sucede con el deber de información o explicación en las intervenciones médicas, desarrollado por la jurisprudencia. El médico debe informar al paciente sobre el diagnóstico, sobre la naturaleza y alcance de la intervención, así como sobre las posibles consecuencias. Si no lo hace, el paciente se encuentra en un error referido al bien jurídico, que no hay que imputarle a él, sino al médico. En un caso así, el consentimiento basado en la falta de información y debido a error, es ineficaz, de modo que, según la jurisprudencia (cfr. sobre ello nm. 24), el médico puede ser castigado por lesiones dolosas o imprudentes (dependiendo de si la información se había omitido dolosa o imprudentemente). Hasta dónde tiene que llegar la explicación en cada caso en particular, cuándo se puede admitir una renuncia del paciente a la información, y bajo qué condiciones, en una ponderación de intereses en el marco del estado de necesidad justificante (§ 34), puede prescindirse de una información completa al paciente, es todo ello una cuestión médicolegal que hay que tratar en el contexto de los delitos de lesiones y de

[120] Así tb. Arzt, 1970, 48 ss.; en contra, sin embargo, Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 46.
[121] Cfr. Kühne, JZ 1979, 244 ss.

la cual, por tanto, no seguimos ocupándonos aquí [122]. Hay que mantener, sin embargo, que también en intervenciones médicas el consentimiento es eficaz cuando el médico ha cumplido con su deber de información y a pesar de ello el paciente persiste en su error. En nuestro ejemplo 1 (nm. 57), la eficacia del consentimiento de la paciente en la extracción de sus dientes tampoco había que negarla, por tanto, desde el punto de vista del error [123].

3. Amenaza y violencia

La opinión tradicional considera ineficaces los consentimientos que hayan **78** sido provocados por una amenaza, pero, en los casos de acuerdo, no quiere atribuir ningún significado a la violencia ejercida sobre el titular del bien jurídico (cfr. nm. 7). Ninguna de las dos hipótesis es sostenible en esa generalidad. Habrá que partir por norma general de que no toda amenaza excluye la eficacia del consentimiento, sino sólo aquella que afecte seriamente a la libertad de decisión del titular del bien jurídico, de modo que el suceso ya no es expresión de su libertad de acción. Este límite se encuentra en el punto donde la amenaza sea punible como coacciones (§ 240) [124]; pues de la circunstancia de que el legislador protege a la víctima contra el que amenaza, se desprende que considera menoscabada de forma jurídicopenalmente relevante la libertad de decisión de aquélla.

Por consiguiente, si una mujer consigue el consentimiento de su amigo para **79** la destrucción de una cosa, mediante la amenaza de que de lo contrario no se casará con él (cfr. nm. 18), el consentimiento sigue siendo eficaz y, por tanto, su acción no es punible como daños (§ 303); pues falta una coacción reprobable en el sentido del § 240 II, porque la mujer amenaza únicamente con la omisión de una acción que no está obligada a realizar, y por consiguiente no atenta de manera jurídicamente relevante contra el ámbito de libertad del amenazado [125]. Si, por el contrario, un sádico, amenazando con una denuncia, consigue el consentimiento de otro para ser azotado, responderá penalmente por lesiones (§§ 223 ss.), pues aquí existe una coacción (§ 240). Si alguien, sin que se haya pronunciado explícitamente una amenaza, admite tácitamente una intervención evidentemente no deseada en sus bienes jurídicos, porque, de no hacerlo, teme disgustos, entonces esto no constituye un

---

[122] Monografía importante: Geilen, 1963; un buen resumen ofrece v. Gerlach, 1989, 15 ss.; sobre la renuncia a la información Roßner, NJW 1990, 2291 ss.

[123] Así, sin embargo, Bichlmeier, JZ 1980, 55.

[124] Arzt, 1970, 31 ss.; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 48; similar tb. Jescheck, AT[4], § 34 IV 4; LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 120 (ambos requieren un "mal considerable"); Schmidhäuser, LB AT[2], 8/146.

[125] Sobre la reprobabilidad de la coacción, cfr. Roxin, JuS 1964, 371 ss. (= Grundlagenprobleme, 184 ss.).

consentimiento eficaz si sólo el temor a "un mal sensible" en el sentido del § 240 es lo que ha motivado la permisión.

80 Rudolphi [126] se inclina a aceptar la opinión de considerar el consentimiento como ineficaz tan sólo cuando la amenaza alcanza la intensidad requerida para el estado de necesidad disculpante en el § 35 ("peligro para la vida, la integridad física o la libertad"). Según él, hasta este límite se sigue haciendo responsable de un hecho antijurídico al amenazado, por lo que también un consentimiento se podría considerar todavía como atribuible a su propia responsabilidad. Pero la analogía con el § 35 no se ajusta a la ponderación legal de intereses. Pues en consideración a las víctimas no culpables, el § 35 requiere del amenazado que resista también frente a las coacciones. Si, por el contrario, la víctima de la forzada intervención en su esfera jurídica no es un tercero, sino el coaccionado, entonces no existe ningún motivo para negarle, contra el que coacciona, la protección del bien jurídico que se ve forzado a entregar [127].

81 Si el consentimiento ha sido forzado por la coacción de un tercero, y aquel que realiza la ingerencia nada sabe, sin embargo, de la obtención coactiva, Arzt [128] entiende que el consentimiento es eficaz, de forma que el titular del bien jurídico no puede ejercitar legítima defensa contra el que realiza la ingerencia de buena fe. Sin embargo, esto no es de recibo, porque el acontecimiento no es tampoco en casos como este expresión de la libertad de acción del que consiente [129]. A la protección del que realiza la ingerencia se responde suficientemente a través del hecho de que una legítima defensa es tan sólo "necesaria" (¡§ 32!), cuando haya resultado infructuoso el medio más benigno de una aclaración al agresor.

82 Todo esto también es válido en principio para los casos de consentimiento que habitualmente se denominan como "acuerdo". Pues no se comprende por qué no se debería castigar según los §§ 123, 185, 201, 202 y 203, cuando el autor consigue mediante una coacción punible la entrada en una vivienda ajena, el "consentimiento" en una injuria, la grabación de una conversación en cinta magnetofónica, la apertura de una carta ajena, o la revelación de un secreto. De todos modos, cabe aquí la posibilidad, como en los casos de engaño (nm. 73), de que la particularidad del tipo excluido por el consentimiento lleve a modificaciones de la regla fundamental. Así, del tenor literal de los §§ 177 y 178 ("amenaza con un peligro actual para la integridad física o la vida") se desprende que no es punible según estos preceptos la conducta de quien con la amenaza de originar un escándalo obliga al consentimiento en actos sexuales; en tales casos basta con la punibilidad por coacciones. Asimismo, tampoco hay hurto (§ 242), cuando alguien, mediante una coacción, consigue que el propietario le permita apoderarse de una cosa suya, ajena al autor. Pues del sistema de los delitos patrimoniales se desprende que este caso está abarcado por el tipo de extorsión (§ 253). Tan sólo concurre aquí una sustracción cuando la amenaza es tan fatal que no deja ninguna alternativa a la víctima ("el dinero, o la vida").

---

[126] Rudolphi ZStW 86 (1974), 85; asimismo M.-K. Meyer, 1984, 160 ss., quien además añade situaciones de fuerza ineludibles "relativas al § 34" (en contra Küper, JZ 1986, 324 s.).

[127] Igualmente Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 48; cfr. tb. OLG Hamm NJW 1987, 1035.

[128] Arzt, 1970, 32.

[129] Así en el resultado tb. Baumann/Weber, AT[9], § 21 II 4 b δ.

VIII. El error sobre la concurrencia o no concurrencia de consentimiento

Un error así puede presentarse de dos maneras: por un lado, quien irrumpe 83 en una esfera jurídica ajena puede creer equivocadamente en la concurrencia de consentimiento; y por otro lado, puede desconocerlo, aunque exista objetivamente. Los problemas que en estos casos se derivan de la diferente adscripción sistemática del consentimiento y del acuerdo (cfr. para más detalles nm. 9 s.), no se presentan desde el punto de partida aquí defendido. Puesto que el consentimiento, siempre que sea admisible, excluye en todo caso la realización del tipo (nm. 12 ss.), su suposición errónea es un error de tipo, que, según el § 16, excluye sin excepción el dolo y permite, a lo sumo, una penalización por hecho imprudente. Y si concurre un consentimiento que no es conocido por el autor, entonces no se realiza el tipo objetivo; como el autor actúa, sin embargo, con dolo típico completo, se da una tentativa imposible, cuyo castigo se rige por los §§ 22 y 23.

SECCION 4.ª

ANTIJURIDICIDAD

§ 14. Cuestiones fundamentales de la teoría del injusto

Bibliografía: Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht, 1895; Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, 1905; Heimberger, Zur Lehre vom Ausschluß der Rechtswidrigkeit, 1907; Nagler, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, Binding-FS, t. II, 1911, 273; Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GerS 89 (1924), 207; Graf zu Dohna, Recht und Irrtum, 1925; Heinitz, Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, Str. Abh. 211, 1926; Nagler, Der Begriff der Rechtswidrigkeit, Frank-FS, 1930, t. I, 339; Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935; Welzel, Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns, SJZ 1948, col. 368; Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; Nowakowski, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW 63 (1951), 287; Schaffstein, Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre, MDR 1951, 196; v. Weber, Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, JZ 1951, 260; Engisch, Der rechtsfreie Raum, ZStaatsW 108 (1952), 385; Kern, Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64 (1952), 255; Welzel, Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, NJW 1952, 564; Heitzer, Ist der putative Rechtfertigungsgrund als Verbotsirrtum zu behandeln?, NJW 1953, 210; Lang-Hinrichsen, Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des BGH, JZ 1953, 362; Niese, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, DRiZ 1953, 20; Schröder, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe nach dem BGH, MDR 1953, 70; Henkel, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Mezger-FS, 1954, 249; Arm. Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; Arth. Kaufmann, Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, JZ 1954, 653; v. Weber, Negative Tatbestandsmerkmale, Mezger-FS, 1954, 183; Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 1 (= Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 19); Arm. Kaufmann, Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung, JZ 1955, 37; Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; Welzel, Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik, JZ 1955, 142; Welzel, Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, ZStW 67 (1955), 196; Arth. Kaufmann, Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, JZ 1956, 353; Noll, Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht, ZStW 68 (1956), 181; Stratenwerth, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956), 41; Engisch, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 70 (1958), 566; Fukuda, Das Problem des Irrtums über Rechtfertigungsgründe, JZ 1958, 143; Oehler, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959; Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959 (²1970); Börker, Ein Vorschlag zu der Rechtsprechung über die irrtümliche Annahme der tatbestandlichen Merkmale eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes, JR 1960, 168; Gallas, Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, JZ 1960, 649 686 (= Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 165); Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; Schröder, Die Not als Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgrund im deutschen und schweizerischen Strafrecht, SchwZStr 76 (1960), 1; Heinitz, Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit, Eb. Schmidt-FS, 1961, 266; Naka, Die Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes, JZ 1961, 210; Roxin, Die Irrtumsregelung des E 1960 und die strenge Schuldtheorie, MSchrKrim 1961, 211; Schaffstein, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, OLG Celle-FS, 1961, 175; Schröder, Die Notstandsregelung des Entwurfs 1959 II, Eb. Schmidt-FS, 1961, 290; Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74 (1962), 515 (= Grundlagenprobleme, 72) [= Problemas básicos, 1976, 84]; Lange, Gesetzgebungsfragen bei den Rechtfertigungsgründen, v. Weber-FS, 1963,

162; R. Schmitt, Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten?, JuS 1963, 64; Arth. Kaufmann, Die Irrtumsregelung im Strafgesetzentwurf 1962, ZStW 76 (1964), 543 (= Schuld u. Strafe, [2]1983, 129); Noll, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, SchwZStr 80 (1964), 160; Roxin, Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962, ZStW 76 (1964), 582; Welzel, Diskussionsbemerkungen zum Thema "Die Irrtumsregelung im Entwurf", ZStW 76 (1964), 619; Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, 1965; Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 (1965), 1; Lenckner, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßiger Prüfung, H. Mayer-FS, 1966, 165; Philipps, Sinn und Struktur der Normlogik, ARSP 52 (1966), 195; Krümpelmann, Stufen der Schuld beim Verbotsirrtum, GA 1968, 129; Schmidhäuser, Der Unrechtstatbestand, Engisch-FS, 1969, 433; Waider, Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts, 1970; Dreher, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Heinitz-FS, 1972, 207; Arth. Kaufmann, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung - Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs, Maurach-FS, 1972, 327; Rudolphi, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Maurach-FS, 1972, 51; Warda, Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, Maurach-FS, 1972, 143; Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, [2]1973; Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973; Burgstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; Arm. Kaufmann, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Welzel-FS, 1974, 393; Roxin, Über die mutmaßliche Einwilligung, Welzel-FS, 1974, 447; Herdegen, Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des BGH, BGH-FS, 1975, 195; Stratenwerth, Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, Schaffstein-FS, 1975, 177; Comes, Der rechtsfreie Raum, 1976; Sax, "Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung, JZ 1976, 9, 80, 429; Warda, Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorstellung über das Vorliegen strafbarkeitsausschließender, insbesondere rechtfertigender Tatumstände, Lange-FS, 1976, 119; Amelung, Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug, GA 1977, 1; Hruschka, Extrasystematische Rechtfertigunsgründe, Dreher-FS, 1977, 189; Nowakowski, Zur subjektiven Tatseite der Rechtfertigungsgründe, ÖJZ 1977, 573; Kirchhof, Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, 1978; Krey, Literaturübersicht: Strafrecht - Allgemeiner Teil (Rechtswidrigkeit), ZStW 90 (1978), 173; Krümpelmann, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, ZStW-Beiheft 1978, 6; Lampe, Unvollkommen zweiaktige Rechtfertigungsgründe, GA 1978, 7; Paeffgen, Fotografieren von Demonstranten durch die Polizei und Rechtfertigungsirrtum, JZ 1978, 738; Rudolphi, Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, Schröder-GS, 1978, 73; Schild, Die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes, JA 1978, 449, 570, 631; Schünemann, Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen, ZStW 90 (1978), 11; Seelmann, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, 1978; Triffterer, Ein rechtfertigender (Erlaubnistatbestands-) Irrtum? Irrtumsmöglichkeiten beim polizeilichen Einsatz und deren dogmatische Einordnung, Mallmann-FS 1978, 373; Dingeldey, Pflichtenkollision und rechtsfreier Raum, Jura 1979, 478; Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffes, Bockelmann-FS 1979, 155; Hirsch, Strafrecht und rechtsfreier Raum, Bockelmann-FS, 1979, 89; Paeffgen, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97 b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979; Schmidhäuser, Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz (§ 16 I Satz 1 und § 17 StGB), JZ 1979, 361; Schünemann, Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts, Bockelmann-FS, 1979, 117; Spendel, Gegen den Verteidigungswillen als Notwehrerfordernis, Bockelmann-FS, 1979, 245; Hruschka, Der Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteils nach heutigem Strafrecht, GA 1980, 1; Mlosch, Der Irrtum über die normativen Merkmale von Rechtfertigungsgründen, tes. doct. 1980; Prittwitz, Zum Verteidigungswillen bei der Notwehr, GA 1980, 381; R. Hassemer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981; Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; K.-H. Peters, "Wertungsrahmen" und "Konflikttypen" bei der "Konkurrenz" zwischen § 34 StGB und den besonderen Rechtfertigungsgründen, GA 1981, 445; Roxin, Die "sozialethischen Einschränkungen" des Notwehrrechts - Versuch einer Bilanz, ZStW 93 (1981), 68; Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; Arzt, Recens. de R. Hassemer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik (1981), GA 1982, 522; Schünemann, Einige vorläufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimologischen An-

satzes in der Strafrechtsdogmatik, en: Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege, 1982, 407, Alwart, Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht - am Beispiel der subjektiven Rechtfertigungselemente und des Mordmerkmals Habgier, GA 1983, 433; Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; W. Hassemer, Rücksichten auf das Verbrechensopfer, Klug-FS, 1983, 217; Hillenkamp, Der Einfluß des Opferverhaltens auf die dogmatische Beurteilung der Tat, 1983; Arm. Kaufmann, Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, Klug-FS, t. II, 1983, 277; Seebode, Polizeiliche Notwehr und Einheit der Rechtsordnung, Klug-FS, 1983, 359; Arzt, Viktimologie und Strafrecht, MSchrKrim 67 (1984), 105; Grünwald, Zu den Varianten der eingeschränkten Schuldtheorie, Noll-GS, 1984, 183; Lenckner, Die Wahrnehmung berechtiger Interessen, ein "übergesetzlicher" Rechtfertigungsgrund?, Noll-GS, 1984, 243; Maiwald, Recens. de R. Hassemer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik (1981), ZStW 96 (1984), 70; Schünemann, Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik: die viktimologische Maxime als umfassendes regulatives Prinzip zur Tatbestandseingrezung im Strafrecht, Faller-FS, 1984, 357; Arzt, Falschaussage mit bedingtem Vorsatz, Jescheck-FS, 1985, 396; Asada, Strafwürdigkeit als strafrechtliche Systemkategorie, ZStW 97 (1985), 465; Günther, Mordunrechtsmindernde Rechtfertigungselemente, JR 1985, 268; Hirsch, Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot, Tjong-GS, 1985, 50; Kratzsch, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985, Lenckner, Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, GA 1985, 295; Loos, Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente, Oehler-FS, 1985, 227; Roxin, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, Jescheck-FS, 1985, 457; Schlüchter, Grundfälle zum Bewertungsirrtum des Täters im Grenzbereich zwischen §§ 16 und 17 StGB, JuS 1985, 373, 527, 617; Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre, GA 1985, 341; Triffterer, Zur subjektiven Seite der Tatbestandsausschließungs- und Rechtfertigungsgründe, Oheler-FS, 1985, 209; Amelung, Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, JuS 1986, 329; Herzberg, Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage, JA 1986, 190; Herzberg, Subjektive Rechtfertigungselemente?, JA 1986, 541; Rohrer, Über die Nichtexistenz subjektiver Rechtfertigungselemente, JA 1986, 363; Seier, Der praktische Fall - Strafrecht: Die unnötige Rettungsfahrt, JuS 1986, 217; Sparberg, Negative Rechtfertigungsgründe, entwickelt am Beispiel der Nötigung, tes. doct. Tübingen, 1986; Weber, Der zivilrechtliche Vertrag als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht, 1986; Eser/Fletcher (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung, vol. I, 1987; vol. II, 1988; Frisch, Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements, Lackner-FS, 1987, 113; Hellmann, Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1987; Jungclaussen, Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt, 1987; Arth. Kaufmann, Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, Lackner-FS, 1987, 192; Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum, 1987; Küper, Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, 81; Schmidhäuser, Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht, Lackner-FS, 1987, 77; Steinbach, Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten, 1987; von der Linde, Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht?, 1988; Perron, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im deutschen und spanischen Strafrecht, 1988; Roxin, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, JuS 1988, 425; Roxin, Der strafrechtliche Rechtswidrigkeitsbegriff beim Handeln von Amtsträgern: eine überholte Konstruktion, Pfeiffer-FS, 1988, 45; Herzberg, Erlaubnistatbestandsirrtum und Deliktsaufbau, JA 1989, 243, 294; Kratzsch, Prävention und Unrecht - eine Replik, GA 1989, 49; Paeffgen, Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, Arm. Kaufmann-GS 1989, 399; Rudolphi, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 371; Herzberg, Abergläubische Gefahrabwendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtums, Jura 1990, 16; Roßmüller/Rohrer, Keine Rechtserheblichkeit der abergläubischen Gefahrvorstellung?, Jura 1990, 582; Hruschka, Rechtfertigungs-und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Karneades bei Gentz und Kant, GA 1991, 1; Runte, Die Veränderung von Rechtfertigungsgründen durch Rechtsprechung und Lehre, 1991; Günther, Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Spendel-FS, 1992, 188; Arth. Kaufmann, Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmäßig oder was?, JZ 1992, 981; Kaiser, Opfer-

verantwortung und Täter (Sonder)Pflichten im Bereich der Vermögensdelikte, 1992; Herzberg, Unrechtsausschluß und Erlaubnistatbestandsirrtum bei versuchter und bei vollendeter Tatbestandserfüllung, Stree/Wessels-FS, 1993, 203; Langer, Verfassungsvorgaben für Rechtfertigungsgründe, JR 1993, 1; Priester, Rechtsfreier Raum und strafloser Schwangerschaftsabbruch, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 499; Puppe, Zur Struktur der Rechtfertigung, Stree/Wessels-FS, 1993, 183; Schroth, Die Annahme und das "Für-Möglich-Halten" von Umständen, die einen annerkannten Rechtfertigungsgrund begründen, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 595.

I. Antijuridicidad e injusto

Una conducta típica es antijurídica si no hay una causa de justificación 1 (como legítima defensa, § 32, estado de necesidad, § 34, o derecho de corrección paterno) que excluya la antijuridicidad. En vez de causas de justificación también se puede hablar de "causas de exclusión del injusto", en lo que no hay una diferencia de significado. Concretamente, la admisión de una causa de justificación no implica afirmar que la conducta justificada deba valorarse positivamente. Dicha conducta no es desaprobada por el ordenamiento jurídico y con ello es aceptada por éste, pero la emisión de ulteriores juicios de valor positivos no pertenece a los cometidos del Derecho penal. Así p.ej. el castigo moderado de un niño por sus padres es reconocido por el ordenamiento jurídico como emanación del derecho de educación paterno; pero con ello no se toma posición alguna en la polémica pedagógica sobre el valor o desvalor de los castigos corporales.

Por tanto no hay ninguna necesidad de introducir entre tipo y antijuridicidad el escalón 2 valorativo adicional de la "antijuridicidad penal" específica, como ha propuesto Günther [1]. Este autor divide las causas de justificación tradicionales en dos grupos: unas, en cuanto "causas de exclusión del injusto penal", expresan únicamente la renuncia a una desaprobación jurídicopenal de la conducta (p.ej. el consentimiento presunto, o la interrupción del embarazo por indicaciones), mientras que las otras, en cuanto "causas de justificación" deben incluir una aprobación jurídica general (p.ej. legítima defensa, § 32, y estado de necesidad, § 34). Pero si se pretende —y hubiera que— efectuar una distinción entre falta de desaprobación jurídicopenal y aprobación positiva, la línea divisoria no transcurre entre diversas clases de causas de justificación, sino entre medias de las propias causas de justificación en particular; pues en la mayoría de las causas de justificación existe tanto el caso límite que todavía hay que aceptar, como la imposición, digna de aprobación, de un interés en la intromisión claramente preponderante [2].

Los conceptos sistemáticos penales de la "antijuridicidad" y del "injusto" se 3 distinguen en que la antijuridicidad designa una propiedad de la acción típica, a saber, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho penal, mientras que por injusto se entiende la propia acción típica y antijurídica, o

---

[1] Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; idem, Spendel-FS, 1992, 189 [= La clasificación de las causas de justificación (trad. Luzón Peña), en: Luzón Peña/Mir Puig (eds.), Causas de justificación y de atipicidad en DP, Pamplona, Aranzadi, 1995, 45 ss.; N. del T.]. Cfr. sobre la teoría de Günther, en la medida en que pone en cuestión la unidad del ordenamiento jurídico, nm. 30-36.

[2] En su lugar nos ocuparemos de las ulteriores consecuencias que extrae Günther de su distinción.

sea el objeto de valoración de la antijuridicidad junto con su predicado de valor [3]. Así pues, en el concepto del injusto se reúnen las tres categorías delictivas de la acción, tipicidad y antijuridicidad. El injusto penal, dado que presupone un tipo penal, es siempre una materia específicamente jurídicopenal; junto al mismo hay también injusto civil (como puede ser la realización arbitraria de la propia fuerza), injusto administrativo, etc. En cambio, la categoría de la antijuridicidad o de la juridicidad o conformidad a Derecho, aunque puede estar limitada también al Derecho penal (cfr. nm. 32 ss.), por regla general va mucho más allá. Así la legítima defensa (§ 32) y el estado de necesidad (§ 34) en la mayoría de los casos excluyen la antijuridicidad en todo el ámbito del ordenamiento jurídico, al igual que a la inversa los derechos de intromisión procedentes de otros campos del Derecho (el derecho de corrección del Derecho de familia, § 1631 BGB, el derecho de detención del Derecho procesal, § 127 StPO, etc.) eliminan la antijuridicidad de las correspondientes realizaciones de los tipos penales.

Sin embargo, los conceptos antijuridicidad e injusto, que según la concepción actual deben separarse, en el uso lingüístico antiguo se empleaban como equivalentes. Y enlazando con el mismo, aún hoy (y aquí también) se habla de la teoría del injusto cuando en el sentido más exacto del término se está aludiendo a la teoría de la antijuridicidad.

II. Antijuridicidad formal y material

4 Una acción antijurídica es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal; y es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales. De modo correlativo se puede distinguir entre injusto material y formal. El contenido material del injusto tiene importancia tanto para el tipo (como tipo o clase de injusto) como para la antijuridicidad (la concreta afirmación o negación del injusto). En el aspecto valorativo del tipo el injusto material representa una lesión de bienes jurídicos que por regla general es necesario combatir con los medios del Derecho penal; y a ese respecto debe determinarse el concepto de bien jurídico como se ha expuesto al tratar del concepto material de delito (*supra* § 2). Y desde el punto de vista de la antijuridicidad, el injusto material de la lesión de bienes jurídicos puede excluirse por el hecho de que en caso de colisión de dos bienes jurídicos se prefiere el interés por el bien jurídico más valorado al menos valorado, con lo que el resultado es que pese al sacrificio de un bien jurídico se produce algo socialmente provechoso o al menos no se produce un daño social jurídicopenalmente relevante.

---

[3] Esta distinción se ha impuesto hoy ampliamente, siguiendo a Welzel, StrafR[11], 52 [= PG, 1987, 78; N. del T.]; cfr. por todos LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 11, con ulteriores referencias.

Quien abrió el camino y promovió la distinción entre antijuridicidad formal y material fue Franz v. Liszt [4], que afirma [5]: "Materialmente antijurídica es la acción como conducta socialmente dañosa (antisocial o al menos asocial)... La acción antijurídica es... lesión o puesta en peligro de un bien jurídico...". Sin embargo, aun con la más cuidadosa delimitación "no puede excluirse totalmente una colisión de los bienes jurídicos. El fin o finalidad de la convivencia humana... requiere que ante tal pugna se sacrifique el interés menos valioso si sólo a ese precio se puede preservar el interés más valioso. De ahí se sigue que: la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico sólo es materialmente antijurídica cuando es contraria a los fines del ordenamiento jurídico regulador de la convivencia...". 5

La importancia práctica de la antijuridicidad material es triple [6]: permite realizar graduaciones del injusto y aprovecharlas dogmáticamente (nm. 7), proporciona medios auxiliares de interpretación para la teoría del tipo y del error y para solucionar otros problemas dogmáticos (nm. 8), y hace posible formular los principios en los que se basan las causas de exclusión del injusto y determinar su alcance (nm. 9). 6

En primer lugar, gracias a la antijuridicidad material se puede graduar el injusto según su gravedad [7]. La antijuridicidad formal no permite aumentos ni distinciones cualitativas. Un hurto de 10.000 marcos en sentido formal no es menos antijurídico que uno de 10 marcos, puesto que en ambos casos se infringe igualmente la prohibición del § 242. Y asimismo la antijuridicidad formal del asesinato, en cuanto infracción de una prohibición, no es distinta de la del hurto. En cambio, el injusto material de un hurto de 10.000 marcos supera al de uno de 10 marcos en los miles, del mismo modo que la dañosidad o nocividad social de un homicidio supera con mucho a la de un hurto y en comparación con ésta es cualitativamente distinta por completo. Ahora bien, como la cantidad y cualidad del injusto material son esenciales para el grado de culpabilidad y a su vez la medida de ésta tiene gran importancia para la medición de la pena, la pena resulta decisivamente co-determinada por el injusto material del hecho. Además, para las ponderaciones de intereses que se plantean para la comprobación de la antijuridicidad (cfr. nm. 4) también desempeñan un papel considerable la clase y medida de los daños materiales que amenazan producirse. Y por último, la cuantificabilidad del injusto material también tiene importancia para cuestiones de exclusión de la responsabilidad y de autoría mediata, como se expondrá en detalles más adelante. 7

---

[4] Sobre la historia dogmática de la distinción Heinitz, 1926; idem, Eb. Schmidt-FS, 1961, 266; cfr. además Mezger, StrafR, [3]1949 [= Tratado I, 1946; N. del T.], § 25.

[5] v. Liszt, StrafR, [21/22]1919, 132 s. [= Tratado II, 2.ª ed. españ., 1927, 324 s.; N. del T.].

[6] Muy similar Jescheck, AT[4], § 24 I 3.

[7] Sobre ello Kern, ZStW 64 (1952), 255; de modo instructivo sobre "elementos de justificación que disminuyen el injusto en el asesinato" Günther, JR 1985, 268.

8 Aparte de esto, la idea de antijuridicidad material resulta útil para la interpretación del tipo sobre todo en los casos en que una conducta se podría subsumir en el tenor literal de un precepto penal, pero materialmente, o sea según el contenido de su significado social, no concuerda con el tipo de delito. Ejemplos de esto lo constituyen sobre todo los casos que usualmente se intenta excluir del tipo como "socialmente adecuados" (§ 10, nm. 33 ss.). Más arriba (§ 10, nm. 40) ya se ha expuesto que p.ej. el regalo de año nuevo al cartero, o un juego de azar con apuestas muy pequeñas, o expresiones denigrantes, pero dichas confidencialmente dentro del círculo familiar más íntimo, no encajan en los tipos pertinentes pese a la amplia redacción de su tenor porque esas conductas no lesionan el correspondiente bien jurídico en su contenido material. Y en la teoría del error, la vencibilidad de un error de prohibición y la culpabilidad de quien lo sufre también dependen esencialmente de si y hasta qué punto el sujeto ha comprendido el injusto material de su conducta (para más detalles § 21, nm. 34 ss.).

9 Por último, el principio de la antijuridicidad material también es decisivo para desarrollar y determinar el contenido de las causas de justificación. Partiendo del mismo se desarrolló hace ya décadas por doc. científica y jurispr. la causa de justificación no regulada hasta entonces del denominado estado de necesidad supralegal (cfr. en detalles § 7, nm. 35), que desde 1975 se ha convertido en Derecho positivo en el § 34. Y también para sistematizar las restantes causas de exclusión del injusto y configurar su contenido habrán de ser los criterios de la antijuridicidad material los que marcarán la pauta, como ya se expondrá detenidamente más adelante.

10 Un sector doctrinal utiliza en otro sentido los conceptos de antijuridicidad formal y material, denominando formalmente antijurídica a la acción típica, y materialmente antijurídica a la acción antijurídica no amparada por causas de exclusión del injusto [8]. Pero este uso del lenguaje no es adecuado, pues tal formación conceptual es superflua y para colmo induce a error; una acción cubierta por legítima defensa no es formalmente antijurídica, sino que está excluida su antijuridicidad tanto formal como materialmente.

11 Otro sector rechaza totalmente la distinción entre antijuridicidad formal y material [9]. Pero el argumento de que sólo hay un concepto único de antijuridicidad, y que un una conducta es antijurídica o no lo es, no es convincente. Pues aquí no se afirma que a una conducta formalmente antijurídica le pueda faltar la antijuridicidad material (para más detalles al respecto nm. 12-14), sino que la antijuridicidad material debe proporcionar un criterio para cuantificar el injusto y para la interpretación en el ámbito del tipo y la antijuridicidad. Frente a esto no convence ni aporta nada la referencia a las "reglas generales de la hermenéutica" (Hirsch), ya que esas reglas no suministran los

---

[8] Baumann/Weber, AT[9], § 19 II; Maurach/Zipf, AT/1[5], 1977, § 24 III 2; algo diferente y poco claro ahora Maurach/Zipf, AT/1[8], 24/20.

[9] Sobre todo, LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 12 ss.; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 13, nm. 50; Bockelmann/Volk, AT[4], § 15 A III.

criterios de contenido de los que se trata en la antijuridicidad material. Y tampoco convence el argumento de que en la "graduación de la gravedad de la infracción del Derecho" no importa la antijuridicidad material, sino "la diferencia entre antijuridicidad e injusto (graduable)" (Hirsch). Pues el concepto del "injusto" como acción típicamente antijurídica es en principio exactamente igual de formal que la antijuridicidad como cualidad de esa acción; y sólo se puede comprobar que el injusto es "graduable" si se tiene presente su lado material, es decir, la dañosidad social lesiva de bienes jurídicos.

Tras la crítica que tanto hoy como ayer se ha hecho al concepto de antiju- 12
ridicidad material está presente el temor a que el injusto "formal" pueda ser desplazado por un criterio "material" extralegal y sometido a una interpretación y ampliación arbitraria [10]. En efecto, Liszt [11] había calificado el concepto material de antijuridicidad como "metajurídico". "La antijuridicidad formal y la material pueden coincidir; pero también pueden discrepar". No es presumible tal contradicción, pero tampoco está excluida. "Y en caso de que exista, el juez está vinculado por la ley; la rectificación del Derecho vigente cae más allá de los límites de su misión". Por consiguiente, para Liszt la antijuridicidad formal era una categoría de Derecho positivo, y la material un principio políticocriminal. Esa concepción del problema ya no podía verse afectada por el reproche de abandonar el terreno del Derecho vigente. Pues al excluir Liszt una corrección o rectificación de la ley, no obstante podía aprovechar el principio de la antijuridicidad material dentro del marco del Derecho vigente para la interpretación, pero fuera de esos límites siempre podía erigirlo en base de exigencias de reforma.

Desde la perspectiva de la concepción aquí mantenida el problema aún se 13
plantea de modo algo diferente. En efecto, el concepto antes desarrollado de la lesión del bien jurídico, en el que se expresa el injusto material de la acción típica, es ciertamente previo al Derecho penal, pero no a la Constitución (para más detalles § 2, nm. 9 ss.); por lo cual no puede servir para corregir el Derecho tal como está vinculantemente fijado en el orden valorativo de la Constitución, pero en su caso sí que puede servir para medir la ley penal escrita con el baremo del concepto constitucional de bien jurídico. Así se pudo considerar p.ej. inadmisible el castigo de meras inmoralidades, que era usual antes de las reformas de los años 1969-1973, por su falta de antijuridicidad material (para más detalles § 2, nm. 12); pero ello implicaba simultáneamente la tesis de que tales preceptos no eran acordes con la Constitución y que eran también formalmente nulos. Y la teoría del injusto tampoco se puede utilizar para hacer saltar por los aires los límites del Derecho formal mediante el desarrollo e

[10] Cfr. LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 13; Jescheck, AT[4], § 24 I 3 b; sobre la crítica de la doc. más antigua, que iba en la misma dirección, Heinitz, Eb. Schmidt-FS, 1961, 267.

[11] v. Liszt, StrafR, [21/22]1919, 133 [= Tratado II, 2.ª ed. españ., 1927, 325; N. del T.].

interpretación de causas de justificación extraídas de la idea de antijuridicidad material; sino que de lo que se trata es de hacer valer los principios materiales en los que se basa el Derecho escrito (sobre la relación entre dogmática jurídicopenal y política criminal cfr. fundamentalmente § 7, nm. 68 ss.). Así p.ej. el reconocimiento del estado de necesidad supralegal (nm. 9; § 7, nm. 35) no era un caso en el que pese a existir antijuridicidad formal la falta de antijuridicidad material hubiera dado lugar a la exclusión del injusto, sino que hay que partir de la base de que esa causa de exclusión del injusto se dedujo de los fundamentos de la teoría del injusto en el marco del Derecho entonces vigente. Por tanto, en caso de concurrir la misma estaba excluida no sólo la antijuridicidad material, sino también la formal. Actualmente esta causa de exclusión del injusto ha pasado incluso al Derecho escrito (§ 34), por lo que el reproche de extralegalidad carece totalmente de objeto.

14 Así pues, como resumen se puede decir: Es cierto que el concepto de antijuridicidad material tiene una considerable importancia políticocriminal, pero ésta despliega su eficacia mediante la interpretación del tipo, graduación del injusto y ponderación de intereses dentro de los límites del Derecho vigente. En casos excepcionales y en la medida en que no obste a ello el art. 103 II GG, se puede relativizar el tenor literal de las normas escritas mediante el principio de antijuridicidad material; pero éste no permite traspasar los límites del Derecho formal y cubierto por la Constitución.

III. Victimodogmática e injusto material

15 La victimología, es decir la teoría criminológica de la influencia de la conducta de la víctima en la delincuencia, ha comenzado recientemente a irradiar su influencia sobre la dogmática del Derecho penal. A ese respecto el punto central lo constituye la cuestión de cómo repercute en el injusto la corresponsabilidad de la víctima por lo sucedido, y especialmente si la misma puede dar lugar a la exclusión del tipo o de la antijuridicidad [12].

16 En primer lugar se ha intentado demostrar tal posibilidad en la interpretación de los tipos de la Parte especial. Así por ejemplo, Amelung [13] interpreta

---

[12] Examina en todos los planos las "consideraciones hacia la víctima del delito" ("Rücksichten auf das Verbrechensopfer") W. Hassemer, Klug-FS, 1983, 217. Kratzsch, 1985, desarrolla un enfoque más amplio, y que comprende también los aspectos victimodogmáticos, sobre la base de consideraciones cibernéticas; según el cual, para determinar el injusto (material) hay que incluir todas las circunstancias relevantes para evitar la lesión del bien jurídico y delimitar al respecto las "competencias organizativas" de todos los implicados (loc. cit., 186, 389; para más detalles 358 ss., 368 ss.).

[13] Amelung, GA 1977, 1 ss.; a resultados muy similares llega R. Hassemer en su monografía "Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik", 1981 (critican duramente a Hassemer: Maiwald, ZStW 96, 1984, 70; Arzt, GA 1982, 522). Sobre la victimodogmática en el ámbito de los delitos patrimoniales cfr. tb. Kaiser, 1992.

el tipo de la estafa (§ 263) en el sentido de que las dudas concretas de la víctima sobre las indicaciones del autor excluirán su error y con ello la responsabilidad penal por estafa consumada. En el trasfondo está la idea de que no necesita protección penal quien se puede proteger fácilmente a sí mismo haciendo caso a sus dudas. Schünemann [14] ha desarrollado lo que denomina principio victimológico: una "máxima de interpretación, consistente en subsumir sólo en el tipo penal una acción que suponga maniobrar para eludir la posible y exigible autoprotección de la víctima potencial" [15]. Y utilizando como ejemplo los tipos protectores de los secretos (§§ 201 ss.), ha intentado demostrar que el legislador, al configurar los tipos y describir el círculo de los autores, ha seguido puntos de vista victimológicos, a los que también se puede recurrir en este campo para solucionar los problemas interpretativos [16]. Además cabe aludir también [17] a que una falsificación sólo se puede considerar imitación de dinero en el sentido de los §§ 146 s. "si suscita la apariencia de dinero auténtico y válido y es capaz de engañar en el tráfico monetario a quien no lo sospecha" (BGHSt 23, 231), por lo que no hay responsabilidad penal si alguien se deja engañar por una falsificación tosca y fácilmente reconocible; y también a que según la op. dom. sólo se dará una amenaza con un mal "sensible" (§ 240) si la amenaza es idónea para perturbar a un hombre sensato en su libertad de decisión, por lo que no habrá responsabilidad penal para el autor de la amenaza cuando le sea exigible a la víctima que se mantenga firme. De este modo se puede interpretar restrictivamente múltiples tipos sirviéndose del principio victimológico o incluso someterlos a una reducción teleológica sin vinculación al tenor literal [18].

En la Parte general también se pueden apoyar con argumentos victimoló- **17**
gicos muchas soluciones a problemas en la teoría del tipo y del injusto. Así cabe reconducir los efectos del consentimiento tratados en el § 13 a la falta de necesidad de protección del titular del bien jurídico. Asimismo, los casos en que se limita la imputación al tipo objetivo mediante el alcance de éste (su fin de protección) (*supra* § 11, nm. 85 ss.) se pueden interpretar sin dificultad victimológicamente: tanto en la autopuesta en peligro dolosa como en la puesta en peligro de un tercero consentida por él ocurre que no se produce la imputación porque la víctima tiene la misma responsabilidad por lo sucedido que el autor; e incluso en los casos de asignación a una esfera de responsabilidad ajena (§ 11, nm. 104 ss.) se puede decir que el resultado no se le imputa al primer causante porque en el momento en que se produjo otras personas al

---

[14] Por primera vez en ZStW 90 (1978), 11 ss.
[15] Schünemann, Bockelmann-FS, 1979, 130.
[16] Schünemann, ZStW 90 (1978), 11 ss.
[17] Schünemann, 1982, 418.
[18] Para una visión de conjunto sobre los intentos realizados hasta 1981, junto con una discusión de los mismos, cfr. Hillenkamp, 1981; idem, 1983.

servicio de la víctima eran responsables de su evitación. Y en la teoría de la legítima defensa se puede aludir a que la exclusión o restricción de las facultades defensivas que se efectúan en caso de provocación del agresor por el agredido (para más detalles § 15, nm. 59 ss.), se basan en la implicación de la víctima en lo sucedido, es decir que son explicables victimológicamente.

18 Los intentos de fundamentar el enfoque victimodogmático remiten a la antijuridicidad material. En primer lugar se puede sentar la tesis de que allí donde sea posible y exigible una autoprotección eficaz, no concurrirá una lesión de bienes jurídicos suficientemente peligrosa socialmente por parte del autor, por lo que la víctima no es merecedora de protección. Pero también se puede afirmar que hay una lesión de bienes jurídicos "en sí misma" digna de castigo y justificar sin embargo la impunidad a partir de la idea de la subsidiariedad del Derecho penal, afirmando que el Derecho penal es la *ultima ratio* de la política social y que su intervención no es legítima cuando se disponga de "medios más benignos" para evitar el daño social. Frecuentemente se utilizan cumulativamente ambos puntos de vista.

19 Sin embargo, la tesis de que nuestro Derecho penal se basa en tal principio victimológico no se puede sostener con esa generalidad [19]. Pues no hay datos que apoyen la hipótesis de que el legislador haya querido hacer depender el merecimiento o la necesidad de pena con carácter general de que la víctima adopte las medidas de autoprotección exigibles. Un hurto sigue siendo un hurto aunque la víctima haya procedido de modo sumamente descuidado con su propias cosas. Es cierto que teóricamente sería posible definir el concepto de custodia de tal modo que no haya sustracción si al autor le ha resultado especialmente fácil conseguir la cosa; pero un procedimiento así (que tampoco se ha propuesto aún en la doctrina) sería modificar la ley, y no interpretarla. Lo propio sucede en el tipo de la estafa, respecto del cual se han dado numerosos intentos de exceptuar de la protección penal a la víctima especialmente descuidada o crédula; sin embargo, el legislador no ha dado a entender en ninguna parte que se pueda explotar impunemente la confianza ciega y necia.

20 Tampoco se puede deducir directamente de la idea de subsidiariedad el principio victimodogmático, contra lo que opinan sus partidarios. Pues aunque es cierto que el Derecho penal es la *ultima ratio* de la política social (cfr. para más detalles § 2, nm. 28), esa afirmación significa sólo que no se puede imponer una pena cuando el **Estado** tenga a su disposición otros medios menos gravosos para solucionar conflictos sociales, pero no que también tenga que renunciar a intervenir cuando el ciudadano se podría proteger por sí mismo. Extender el principio de subsidiariedad a las posibilidades de autoprotección del ciudadano sería desconocer que los ciudadanos precisamente han estable-

---

[19] Básico al respecto Hillenkamp, 1981 y 1983; anticrítica en Schünemann, Faller-FS, 1984, 364 ss.

cido el poder estatal entre otras cosas para descargarse a sí mismos de las tareas de protección: Donde "vigila el ojo de la ley", el particular puede dedicar sus energías al desarrollo en vez de al mero aseguramiento de su personalidad.

Este último punto de vista permite ya reconocer que una amplia realización del principio victimológico tampoco es deseable políticocriminalmente: pues la misma, al privar de protección penal al que confía ingenuamente, convertiría la malicia, la desconfianza y la temerosa obsesión por la seguridad en la ley de la convivencia social, disminuyendo así la libertad del ciudadano fiel al Derecho. Es cierto que con ello se ampliaría la libertad de actuación de los que quieran entrometerse en la esfera jurídica ajena, pero eso es algo de lo que no hay la menor necesidad. Pues aunque los victimodogmáticos sólo requieren de la víctima medidas de protección exigibles y por tanto no muy difíciles de cumplir, lo que es mucho más exigible aún es la omisión de intromisiones, por lo que en una ponderación de intereses el legislador se pondría por regla general de parte de la víctima y no del delincuente. **21**

Pero el enfoque victimodogmático sólo es rechazable en la medida en que se le da carácter general y absoluto. Su gran mérito consiste en haber mostrado que la "necesidad de protección" es un *topos* que puede influir en la antijuridicidad material y que por ello siempre debe tenerse en cuenta en la interpretación junto con y dentro del contexto de las restantes circunstancias decisivas para el ámbito de la protección penal" [20]. Cuando el punto de vista de la falta de necesidad de protección conduce a la impunidad en esta o aquella regulación, ello no se debe a su prioridad como principio, sino a la ponderación de los respectivos intereses de protección específicos. Así p.ej. el hecho de que las falsificaciones reconocibles a primera vista no encajan en los §§ 146 s. se justifica porque ya de entrada los preceptos sobre falsificación de moneda no pretenden proteger a los respectivos incautos, sino la seguridad y fiabilidad del tráfico dinerario, y éste no se pone en peligro por falsificaciones por las que normalmente nadie se deja engañar. Y si el mal con el que se amenaza sólo se considera un mal "sensible" en el sentido del § 240 en la medida en que pueda motivar a un hombre sensato a realizar la conducta que se le impone, ello se debe a que el libre juego de las fuerzas existentes en la sociedad resultaría dañado si se incluyeran en el tipo medios de presión por debajo del dintel de la relevancia social. Igualmente, la teoría de que el fin de protección de la norma excluye la imputación al tipo objetivo en caso de cooperación en una autopuesta en peligro y en algunos supuestos también en la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, se puede derivar de la decisión legal **22**

[20] Con la misma tendencia, Arzt, MSchrKrim 1984, 105. Tb. Schünemann, Faller-FS, 1984, 369, destaca "la necesidad de una amplia ponderación de todos los puntos de vista relevantes a efectos de política jurídica" y de tener en cuenta los "intereses de la víctima" y "los intereses de seguridad de la comunidad".

favorable a la atipicidad del suicidio y la autopuesta en peligro y del hecho de que ya de entrada no hay una intromisión en una esfera jurídica ajena cuando la "víctima" se da cuenta de la situación material exactamente igual que el autor y se expone conscientemente al peligro. Por último, si se quiere excluir o restringir el derecho a la legítima defensa en caso de agresión provocada culpablemente por la víctima, ello se puede explicar porque la idea de defensa del Derecho frente al injusto, en la que se basan esencialmente las facultades de la legítima defensa, pierde su significación cuando el propio agredido ha incurrido en un injusto.

23 Aquí sólo es posible seleccionar algunos casos de la multiplicidad de los problemas existentes, y aun en ellos sólo se puede esbozar y aludir a la solución. Pero esos pocos ejemplos muestran ya que el punto de vista victimológico se presenta bajo una luz distinta según el caso y que extrae su importancia decisiva en esos casos de las peculiaridades políticocriminales del correspondiente planteamiento del problema. La impunidad resultante de una corresponsabilidad de la víctima se desprende en parte de la falta de peligrosidad social de la agresión para el bien jurídico respectivamente protegido (§§ 146 s., 240), en parte también del hecho de que no se lesiona la libertad de actuación del titular del bien jurídico autorresponsable (cooperación en una autopuesta en peligro, puesta en peligro de un tercero aceptada por él), y en parte del hecho de que el que actúa en legítima defensa pierde (por hacerse indigno) o ve restringida su facultad de hacer prevalecer el Derecho por su conducta previa. Será tarea de la dogmática elaborar estas y otras manifestaciones del principio victimológico y precisar de ese modo la amplitud del mismo en todas las constelaciones que se planteen.

24 Allí donde una corresponsabilidad de la víctima no pueda fundamentar una interpretación conducente a la impunidad de la conducta del autor —y así ocurrirá en la mayoría de los casos—, siempre podrá dar lugar a una disminución del injusto material y operar como atenuante en la medición de la pena; en tanto en cuanto, se trata de la ya indicada (nm. 7) graduabilidad del injusto. Y es fácil comprender que la culpa concurrente de la víctima, aunque no dé lugar a la supresión del injusto, tiene que influir en la cuantía del mismo. Si p.ej. un accidente se debe en su mayor parte a la imprudencia de la víctima, esa circunstancia disminuirá el injusto y la culpabilidad del autor de un modo que a veces se podrá calcular casi porcentualmente; y nadie discute que eso influye en la medición de la pena. Hillenkamp [21] ha investigado detalladamente la importancia de la conducta de la víctima para la medición de la pena, estableciendo reglas diferenciadoras muy exactas mediante los criterios de determinación de la pena que suponen el caso próximo al consentimiento, el próximo a la legítima defensa, el próximo a la indignidad de protección y el

[21] Hillenkamp, 1981, 211 ss.

próximo a las formas de participación. Pero aún está por hacer un trabajo equivalente respecto de la influencia de la conducta de la víctima en la exclusión de injusto y culpabilidad.

IV. Injusto y espacio fuera del Derecho

La concepción predominante parte de la base de que una conducta típica 25
es, o conforme a Derecho o antijurídica, según que entre en juego o no una causa de exclusión del injusto. Frente a esto una posición minoritaria [22] mantiene la opinión de que hay una tercera categoría: un espacio fuera del Derecho (o jurídicamente libre o exento), en el que el legislador se reserva su valoración y deja la conducta del individuo a merced de su decisión personal en conciencia. Como ejemplos se pueden utilizar sobre todo los conflictos entre vida y vida: así las indicaciones de estado de necesidad en el aborto del § 218 a; además los casos de la denominada comunidad de peligro (p.ej. dos montañeros cuelgan de una cuerda que sólo puede soportar a uno, y el de arriba corta la cuerda para salvarse al menos él); o también la colisión entre deberes de actuación equivalentes (como en el supuesto de que un padre, cuyos dos hijos corren peligro de ahogarse, sólo puede salvar a uno de ellos a su elección y tiene que dejar ahogarse al otro).

Hay que reconocer que las objeciones lógicas y de teoría jurídica con las 26
que se discute de antemano la posibilidad conceptual de un espacio jurídicamente exento, no son contundentes. El argumento de teoría del Derecho, según el cual la no regulación de un supuesto de hecho tampoco fundamenta un espacio fuera del Derecho, sino que contiene una regulación en la medida en que al renunciar a una normación restrictiva se autoriza la correspondiente conducta, sólo es válido bajo la premisa de un concepto de Derecho omnicomprensivo [23], en cuya virtud toda conducta privada (comer, pasear, dormir, leer) cae bajo la esfera del Derecho y precisa la configuración de éste. Pero dicha hipótesis no es correcta, pues según el modelo conceptual de la democracia parlamentaria la libertad del individuo es originaria, y no concedida por el poder del Estado, que por el contrario ha sido a su vez establecido por el pueblo y está limitado a la función de asegurar la libertad, paz y bienestar [24]. Y también es incorrecto el argumento de que los conceptos "antijurídico" y "no antijurídico" son polos opuestos contradictorios, que ya por razones lógi-

---

[22] En época reciente defendida con especial energía por Arth. Kaufmann, Maurach-FS, 1972, 327 ss.; diferenciando a efectos filosóficos y jurídicopenales: Schild, JA 1978, 449 ss., 570 ss., 631 ss.; abogando por la existencia de un espacio fuera del Derecho en la colisión de deberes: Dingeldey, Jura 1979, 478 ss. Monografía: Comes, Der rechtsfreie Raum, 1976.

[23] Fundamentándolo Engisch, ZStaatsW 108 (1952), 385 ss.; al respecto Arth. Kaufmann, Maurach-FS, 1972, 332 ss.

[24] Cfr. Hirsch, Bockelmann-FS, 1979, 93.

cas no admiten una tercera posibilidad. Pues el principio de la exclusión de una tercera posibilidad [*tertium non datur*] sólo rige dentro del espacio abarcado por los conceptos de antijuridicidad y juridicidad (conformidad a Derecho), pero no fuera del mismo: "Cuando el ordenamiento jurídico regula normativamente una conducta, entonces ésta es o bien conforme a Derecho (jurídica) o antijurídica... Pero eso no significa que toda conducta haya de estar jurídicamente normada..." [25].

27 De ahí se sigue para la dogmática jurídicopenal que hay que reconocer la existencia de un espacio fuera del Derecho situado previamente a los tipos. Así por ejemplo, siguiendo una extendida opinión [26], es posible asignar el suicidio, como algo no prohibido ni permitido, al espacio fuera del Derecho y extraer de ahí consecuencias jurídicas para el supuesto de salvación en contra de la voluntad del afectado.

28 Sin embargo, en el ámbito del injusto no se puede aceptar en absoluto la construcción del espacio fuera del Derecho [27]. Pues una vez que una conducta se valora como típica y por tanto se da una lesión de un bien jurídico, el Derecho ya no se puede sustraer a una valoración por el sistema de "retirar sus normas" [28] en determinados casos. Si p.ej. la interrupción del embarazo queda no prohibida si concurren determinadas indicaciones, de ese modo *eo ipso* el hecho en principio prohibido resulta "liberado de la mácula del injusto que de lo contrario pesaría sobre él" [29] y disminuye la protección de la vida en formación. Por tanto, en este ámbito regulado jurídicamente sí que tienen pleno valor las objeciones lógicas y de teoría del Derecho rechazadas para el ámbito de lo atípico: si aquí "se retiran las normas" en determinados casos, esto significa materialmente —sea cual sea la terminología empleada— la exclusión del injusto para quien ataca el bien jurídicamente protegido. Es decir, no se crea un espacio fuera del Derecho, sino que se da una regulación permisiva.

29 Esto se ve con especial claridad en el derecho a la legítima defensa. Una agresión "no prohibida", situada terminológicamente en el espacio fuera del

---

[25] Arth. Kaufmann, Maurach-FS, 1972, 334.

[26] Penetrantemente Gallas, JZ 1960, 654 s. (= Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 180 ss.).

[27] En este sentido enérgicamente Lenckner, 1965, 15-31; Hirsch, Bockelmann-FS, 1979, 89 ss.

[28] Arth. Kaufmann, Maurach-FS, 1972, 336. En una anticrítica en tono muy personal a mis siguientes manifestaciones, Kaufmann califica como "no correcta" la expresión "retirada de las normas" y ya no habla de espacio "fuera del Derecho", sino "fuera de la valoración jurídica", pero se aferra decididamente a la categoría de lo "no prohibido" (JZ 1992, 983 ss.); y opina que su rechazo procede "de la iliberalidad e intolerancia, típicamente alemanas, de tener que reglamentar absolutamente todo", y que dicha categoría no tiene "nada, pero absolutamente nada que ver" con un "caos jurídico" (loc. cit., n. 18). Sin embargo no discute las conclusiones jurídicas de las que yo (limitándome a asumir una cita de Hirsch) he deducido ese juicio.

[29] Lenckner, 1965, 23; Jakobs, AT², 13/3: "... lo no prohibido (o situado fuera del Derecho), al renunciar al juicio de antijuridicidad, sí que está jurídicamente regulado en la medida en que se interrumpe la imputación".

Derecho, en todo caso no es una agresión antijurídica, como requiere el § 32, y por tanto consecuentemente no podría dar lugar a un derecho a la legítima defensa propia o ajena. Pero si es así, entonces las consecuencias coinciden plenamente con las de una exclusión del injusto, y la adscripción de la agresión a un "espacio fuera del Derecho" es un mero gesto retórico. Si por otra parte, como también se sostiene respecto de algunas constelaciones que se discuten desde el punto de vista del espacio fuera del Derecho [30], se le concede al agredido un derecho de legítima defensa propia y al tercero un derecho de legítima defensa ajena, la verdad es que de modo encubierto se está valorando la agresión como antijurídica (aunque no como punible); pues la legítima defensa sirve para la afirmación del Derecho frente al injusto, y por tanto implica la reprobación de la agresión. Una tercera solución [31] considera que en tales casos la agresión y la defensa se desarrollan por igual en el espacio fuera del Derecho. Pero esto significaría que p.ej. en el caso de la interrupción del embarazo partidarios y detractores del aborto podrían entregarse en la clínica en la que va a tener lugar la intervención a una batalla campal con considerables lesiones recíprocas, sin que esto acarreara consecuencias jurídicas; una parte podría invocar la no prohibición de la intervención, y la otra la no prohibición de la defensa de terceros. Ahora bien, tolerar "un caos jurídico" [32] semejante estaría en contradicción con la misión de orden del Derecho; y tampoco puede ser satisfactorio dejar simplemente la solución del conflicto a merced del que tenga los puños más fuertes. Por consiguiente, en esas difíciles situaciones de colisión, que habrá que tratar detenidamente más adelante, sólo hay tres posibilidades: que se excluya la antijuridicidad, o la culpabilidad, o ninguna de las dos; pero "tras" el tipo no se puede reconocer un espacio fuera del Derecho. Frente a esto, Priester [32a] aboga por un "espacio fuera del injusto" en casos "en los que el legislador quiere evitar las consecuencias jurídicas del juicio de antijuridicidad, sin aprobar la propia conducta". Pero en tal caso se trata de una causa de justificación; pues la misma sólo significa una legalización, no una aprobación de la conducta justificada.

V. Antijuridicidad y unidad del ordenamiento jurídico

Una cuestión que hasta hoy no se ha resuelto definitivamente es la de si la 30
juridicidad (conformidad a Derecho) o antijuridicidad de una acción ha de

---

[30] LK[6]-Nagler, 1944, § 54 III 2 c, 3 (con citas de la bibl. antigua); Philipps, ARSP 52 (1966), 205. Binding, Handbuch StrafR, t. I, 1885, 766, admitía un derecho a la legítima defensa propia, pero no a la de terceros.

[31] Arth. Kaufmann, Maurach-FS, 1972, 342; Engelhard/Radbruch, Strafrecht, [2]1948, 17 ss.; en el fondo tb. H. Mayer, LB AT, 1953, 195.

[32] Hirsch, Bockelmann-FS, 1979, 103.

[32a] Priester, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 499.

determinarse unitariamente para todo el ordenamiento jurídico, o sea para todos los campos del Derecho, o si por el contrario puede enjuiciarse de modo diferente según las peculiaridades de las materias jurídicas concretas [33]. Y específicamente para el Derecho penal se plantea una doble cuestión:

1) ¿Las autorizaciones o derechos de intromisión del Derecho civil o del Derecho público excluyen en todos los casos y circunstancias la antijuridicidad de una conducta típica?

2) ¿Significa la prohibición de una conducta en Derecho civil o público en todos los casos y circunstancias que esa conducta, si encaja simultáneamente en el tipo de una ley penal, también supone un injusto penal?

31 A la primera pregunta hay que responder afirmativamente. Sería una contradicción axiológica insoportable, y contradiría además la subsidiariedad del Derecho penal como recurso extremo de la política social, que una conducta autorizada en cualquier campo del Derecho no obstante fuera castigada penalmente [34]. En ese aspecto hay que reconocer por consiguiente la tan invocada "unidad del ordenamiento jurídico, que abarca todas las normas vigentes en el territorio federal con independencia del órgano creador de las normas" [35], exactamente igual que el principio de que las causas de justificación relevantes en Derecho penal proceden de todo el ámbito del ordenamiento jurídico [36].

32 En cambio, la segunda pregunta no se puede responder, como hace la doc. dom. casi siempre sin especial problematización, uniformemente con un "sí"; pues ni es conceptualmente necesario, ni tan siquiera conveniente siempre políticocriminalmente, castigar también una actuación prohibida civil o administrativamente cuando simultáneamente encaje en un tipo. Es verdad que por regla general resultará que si una conducta es típicamente delictiva (= típica) y al mismo tiempo infringe la prohibición expresa de otra rama del Derecho, también será preciso combatirla mediante el Derecho penal. Pero no necesariamente tiene que ser así, puesto que una prohibición procedente de otro campo del Derecho pretende primariamente originar consecuencias jurídicas específicas de ese campo jurídico (p.ej. la reparación del daño o consecuencias de Derecho público), y el Derecho penal no tiene que adherirse incondicionalmente a esto con sus sanciones mucho más graves.

---

[33] Fundamentales y con amplias referencias: Engisch, 1935; Kirchhof, 1978; Günther, 1983. Específicamente sobre la aplicabilidad (que rechaza) de las causas de justificación del Derecho civil en Derecho penal: Hellmann, 1987.

[34] En ese sentido afirma OLG Köln StrV 1986, 537 s., apelando correctamente a la unidad del ordenamiento jurídico, que es imposible que cometa una contaminación ilegítima de las aguas (§ 324 StGB) la persona "a quien le está autorizada esa actuación conforme a las disposiciones del Derecho civil o administrativo"; en contra, Hellmann, 1987.

[35] BGHSt 11, 244.

[36] Cfr. por todos LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 10, 34; Jescheck, AT[4], § 31 III 1; Maurach/Zipf, AT/1[8], 25/11 ss.; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 27.

Aunque (de acuerdo con las reglas que rigen el consentimiento, § 13, nm. 55 s.) el consentimiento presunto de un menor en unos daños causados en su propiedad, debido a su limitada capacidad de obrar, no es posible jurídicocivilmente y esa medida es por ello antijurídica y obliga a la reparación del daño, eso no le impide al Derecho penal admitir una causa de exclusión del injusto en caso de efectiva capacidad de comprensión. Y aunque el Derecho público, como sostiene una extendida opinión, sólo autorice el empleo de la fuerza por los funcionarios si concurre una norma específica de Derecho público reguladora de tal intervención, norma que en cambio no reconoce las facultades de la legítima defensa y el estado de necesidad que tienen todos los ciudadanos y que declara prohibida la actuación para el agente de la autoridad si falta una autorización específica para esa intervención, ello no ha de significar necesariamente la responsabilidad penal del funcionario o militar que actúe bajo los presupuestos de los §§ 32 y 34; por el contrario, el Derecho penal puede beneficiarle con una exclusión del injusto, aunque el Derecho público desapruebe la intervención y le imponga por ella determinadas consecuencias jurídicas (p.ej. de tipo disciplinario) [37]. **33**

La doc. dom. intenta solucionar adecuadamente estos fenómenos insistiendo en la unidad de la antijuridicidad y reconociendo a las diversas ramas del Derecho únicamente la posibilidad de adoptar regulaciones diferentes de las consecuencias jurídicas. Así p.ej. dice Engisch [38]: "Las fundamentaciones de deberes jurídicos y las exclusiones del injusto tienen eficacia general... Pero al ordenamiento jurídico siempre le queda intacta la posibilidad de vincular a un injusto concreto... sólo algunas de las consecuencias posibles, o sea, que haya sólo reparación del daño sin pena, o sólo pena sin reparación del daño, etcétera. Pero hablar de antijuridicidades del Derecho privado y del Derecho penal debido a esa diversidad de consecuencias del injusto, es un error". Esta posición tiene razón en que efectivamente existen entre los diversos campos del Derecho divergencias, que se limitan a las consecuencias jurídicas. Así p.ej. una acción amparada por el [estado de necesidad del] § 904 BGB es conforme a Derecho por igual a efectos civiles y penales, aunque en Derecho civil implique una obligación de reparar el daño. **34**

Pero lo que no es correcto es negar por ello sin más la posibilidad de una diferente antijuridicidad. Así, en los ejemplos citados del consentimiento presunto y del empleo de la fuerza por la autoridad no sólo se renuncia a la consecuencia jurídica de la imposición de una pena, sino que desde sus fines el Derecho penal no desaprueba en absoluto la conducta del sujeto —sin per- **35**

[37] En este sentido sobre todo Günther, 1983; Jakobs, AT², 11/6; Seebode, Klug-FS, 1983, 367 ss. En contra Jescheck, AT⁴, § 31 III 1, n. 20, argumentándolo en que en el injusto disciplinario se trata "de otro bien jurídico distinto".

[38] Engisch, 1935, 58; cfr. tb. LK¹⁰-Hirsch, antes del § 32, nm. 10: "Sólo son diferentes según las ramas del Derecho las consecuencias jurídicas".

juicio de tomar conocimiento de la antijuridicidad civil o administrativa como tal [39]. Y a la inversa, tampoco sería correcto afirmar que en esos casos hay un deber civil de indemnizar pese a la conformidad a Derecho en Derecho civil, o una sanción disciplinaria pese a la conformidad a Derecho en Derecho público; pues las conductas son contrarias a las reglas de esas ramas del Derecho, aunque no a las del Derecho penal.

36 Por consiguiente, hay que reconocer con Günther [40] la posibilidad de una específica exclusión del injusto penal. Pero tales casos son excepcionales, ya que la gran mayoría de las causas de justificación proceden de otros campos del Derecho y son válidas sin más en Derecho penal (cfr. nm. 31). Frente a éstas, las causas de justificación procedentes del Derecho penal son escasas y además son asumidas por regla general también por las otras ramas del Derecho (p.ej. la legítima defensa, §§ 227 BGB y 32 StGB, y el estado de necesidad, § 34 StGB, justifican la acción también en Derecho civil). Y por último, una causa de exclusión del injusto penal no se diferencia en sus efectos jurídicopenales de las causas de justificación con validez general (cfr. ya nm. 2).

VI. Sistematización de las causas de justificación

37 Hasta ahora no se ha logrado una sistematización fructífera de las causas de justificación. Y la verdad es que tampoco se puede lograr de modo cerrado y definitivo; pues los puntos de vista que pueden dar lugar a que se excluya el injusto material de un hecho pese a encajar en el tipo son tan variados, y el número de causas de justificación procedentes de todas las partes del ordenamiento jurídico es tan grande y está sometido —especialmente en las intervenciones de la autoridad— a necesidades tan cambiantes, que unos principios unitarios, y que además tengan capacidad expresiva en cuanto al contenido, en todo caso sólo pueden tener una validez limitada. Mientras que las clases de delitos descritas en los tipos —detenciones, allanamiento de morada, lesiones, etc.— representan una cierta estática, a través de las causas de justificación penetra la dinámica de los cambios sociales en la teoría del delito [41]. Las causas por las que está permitido detener a personas, penetrar en domicilios o efectuar intervenciones con repercusión sobre la integridad física, cambian constantemente. Cada modificación del ordenamiento penal o civil, cada revisión de las leyes de policía, así como los cambios en las concepciones

---

[39] Cfr. Kirchhof, 1978; Jakobs, AT², 11/6, n. 11.

[40] Günther, 1983; sobre tendencias similares en la dogmática penal japonesa, instructivo el trabajo de Asada, ZStW 97 (1985), 465. Cfr. sobre Günther tb. Rudolphi, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 372 ss., que critica a Günther, pero reconoce sin embargo la posibilidad de consecuencias jurídicas distintas en Derecho civil y penal.

[41] Cfr. sobre ello Roxin, ²1973, 24 ss. [= Política criminal y sistema del DP, 1972, 55 ss.; N. del T.]. La exposición se apoya en las ideas allí desarrolladas.

sobre derechos de corrección, vacunación obligatoria, esfera privada o los derechos de manifestación, crean o suprimen causas de justificación. En la configuración de los derechos de intromisión, que procuran un equilibrio entre necesidad social y libertad individual, coopera todo el ordenamiento jurídico, cuyas tendencias escapan en gran medida a una sistemática de contenido, y que por su alto grado de complejidad no se pueden abarcar en una "fórmula de sociedad" abreviada [42].

Por eso, las denominadas teorías monistas, que intentan reconducir las causas de justificación a una idea rectora omnicomprensiva, tienen necesariamente que quedarse en un plano abstracto y sin contenido. Históricamente ha sido especialmente importante la "teoría del fin", que ha influido hasta en el actual § 34 ap. 2, y según la cual una conducta típica estará justificada cuando sea "el medio adecuado (correcto)" para conseguir un "fin reconocido por el legislador como justificado (correcto)" [43]. Sauer [44] plantea como "ley jurídica fundamental" el "principio de más beneficio que perjuicio": "Conforme a Derecho (en sentido material) es una actuación..., que en su tendencia general le garantiza a la comunidad estatal de modo generalizado más beneficio o provecho (ideal, cultural) que perjuicio". Noll [45] considera la "ponderación de valores como principio de justificación", para lo que incluye entre los valores que deben ponderarse en la justificación no sólo bienes jurídicos, sino también "ciertas relaciones sociales como las ordenanzas del Estado, la Administración de Justicia o la familia". Según Schmidhäuser [46] una causa de justificación en el delito de acción es "el fragmento del curso del hecho que contiene un respeto al bien prioritario frente al bien lesionado de modo típico"; y en la causa de justificación se "constata que lo valioso del respeto al bien es prioritario frente a lo disvalioso de la lesión del bien". 38

Próximas a las concepciones "monistas" se presentan aquellas teorías "pluralistas" que, siguiendo a Mezger [47], reconducen la justificación a dos principios: el del "interés preponderante" y el de la "ausencia de interés". Aquí, al igual que en la distinción de Blei [48] entre el "principio del derecho preponderante" y el "principio de la ausencia de injusto", se trata sustancialmente de asignar un lugar autónomo en el sistema de las causas de justificación al consentimiento (y como consecuencia del mismo al consentimiento presunto), 39

---

42 Jakobs, AT², 11/1.

43 V. Liszt, StrafR, ²¹/²²1919, § 32 II 2, 9 [= Tratado II, 2.ª ed. españ., 1927, § 32 II 2, p. 326; N. del T.]; Graf zu Dohna, 1905, 48 ss.

44 Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 1955, 56.

45 Así ya el título ("Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung") de su trabajo en ZStW 77 (1965), 1 ss.; la cita siguiente en loc. cit., 9.

46 Schmidhäuser, StuB AT ², 6/1, 5; similar idem, Lackner-FS, 1987, 88.

47 Mezger, StrafR, ³1949, 204 ss. [= Tratado I, 1946, 393 ss.; N. del T.]; cfr. p.ej. Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 32, nm. 7.

48 Blei, AT¹⁸, § 36 I.

que se cree no es posible explicar como supuesto de colisión de intereses, valores o bienes. Pero el consentimiento es realmente un caso de atipicidad o exclusión del tipo (cfr. § 13, nm. 12 ss.) y por tanto no pertenece al sistema de las causas de justificación. En cambio, en el consentimiento presunto sí que se trata de un caso de ponderación de intereses, por lo que no hace falta ningún principio de justificación propio para el mismo. Lo que hay que ponderar es la voluntad presunta del titular del bien jurídico frente a la posibilidad de que en el momento de la intromisión haya una voluntad real distinta, pero no comprobable, del titular del bien jurídico [49].

40 Aunque las diversas fórmulas acentúan de modo algo diferente el principio rector de la justificación, todas resultan iguales en que de ellas no se pueden derivar resultados concretos. Pues saber cuál es en el caso concreto el medio justo para el fin justo, qué conducta produce más beneficio que perjuicio, o qué valor es el superior, qué interés el preponderante y qué pretensión del bien es la que tiene rango prioritario, es algo que no se puede reconocer partiendo de esas fórmulas, sino sólo a partir de otros puntos de vista. Si se quiere establecer un principio omnicomprensivo, éste reside en la idea de que todas las causas de justificación pretenden la regulación socialmente correcta de intereses que coliden [50]. Con ello, por una parte, también se abarca el supuesto en el que se produce la justificación aunque sean equivalentes en rango los "valores", "bienes jurídicos", "pretensiones del bien", etc., que coliden entre sí (como ocurre en la colisión de deberes, cuando p.ej. un médico es llamado simultáneamente para atender a dos enfermos graves y tiene que decidir él a cuál quiere salvar) [51]. Por otra parte, con la alusión a la regulación "socialmente correcta" de los intereses en pugna se hace referencia al punto de vista de la antijuridicidad material, conforme al cual la exclusión del injusto depende en última instancia de la corrección social (o falta de dañosidad social) de la conducta típica. Para concretar más un principio de justificación tan comprensivo sólo se puede aducir el punto de vista de que la acción que se pretende justificar ha de ser como regla general necesaria *ex ante* para la protección del bien jurídico en conflicto; una medida no necesaria a costa del bien típicamente lesionado en la mayoría de los casos no puede ser una regulación socialmente correcta del conflicto [52].

---

[49] Igualmente Rudolphi, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 393.

[50] Roxin, ^{2}1973, 15 [= Política criminal y sistema del DP, 1972, 40; N. del T.]; cfr. tb. Lenckner, GA 1985, 295.

[51] Por lo demás, la justificación no se produce sólo si se cumple uno de dos deberes de acción equivalentes, sino también en caso de colisión de varios deberes de omisión (un automovilista sólo puede frenar o seguir la marcha, siendo igual de peligrosas cualquiera de las conductas).

[52] Cfr. para más detalles Rudolphi, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 389 ss.; sentando las bases ya Arm. Kaufmann, 1954, 254.

Una ulterior estructuración de las causas de justificación sólo es posible mediante un enfoque pluralista; pero éste no se puede llevar a cabo por la vía de una sistematización cerrada y definitiva en sus contenidos, sino sólo perfilando la antijuridicidad material mediante la elaboración de los principios ordenadores sociales en los que se basa [53]. Esos principios ordenadores se presentan en número y combinación diferentes en las diversas causas de justificación; operan como directrices interpretativas para concretar su contenido y permiten ver tanto la estructura de las causas de justificación en particular como su contexto. Así p.ej. la legítima defensa (§ 32) se puede explicar mediante el "principio de protección" y el "principio del prevalecimiento del Derecho": el agredido puede hacer todo lo necesario para protegerse; pero además, para afirmar la vigencia del Derecho en la sociedad, puede ejercer la legítima defensa incluso cuando no sería necesario para su protección (porque existiera la posibilidad de esquivar o de pedir ayuda). Y como ya se verá (*infra* § 15), esos dos principios son extraordinariamente fructíferos para aclarar problemas muy discutidos de la legítima defensa. El estado de necesidad defensivo (§ 228 BGB) combina el "principio de protección" con el "principio de proporcionalidad": es lícito protegerse frente a peligros procedentes de cosas (p.ej. ataques de animales) con todos los medios necesarios, pero sólo hasta el límite de la desproporción; pues, como la vigencia del Derecho no necesita afirmarse contra las cosas, aquí se sustituye el principio del prevalecimiento del Derecho por el principio de proporcionalidad. Por otra parte, en el "estado de necesidad agresivo" (§ 904 BGB) el "principio de ponderación de bienes" es atenuado por el "principio de autonomía": puesto que el titular del bien jurídico, cuya autonomía se ataca, no ha participado en el peligro que hay que contrarrestar, una intromisión en su autonomía no puede darse ya en caso de simple preponderancia del bien jurídico que se quiere salvar, sino sólo si dicho bien es desproporcionadamente más valioso. 41

Con ello se han mencionado ya cinco principios ordenadores sociales, que aún cabe aumentar con muchos otros en el estado de necesidad justificante (§ 34), el más amplio de los derechos de necesidad, y en otros casos. En su conjunto dejan claros los criterios según los cuales también hay que resolver colisiones entre bienes jurídicos allí donde el tenor literal de la ley da pie a varias posibilidades. Ahora bien, debido a la pluriformidad y a los cambios de la vida social no es posible ni un *numerus clausus* de los principios reguladores decisivos ni una sistematización cerrada y concluyente de las causas de justificación [54]. 42

---

[53] Cfr. Roxin, [2]1973, 26 ss. [= Política criminal y sistema del DP, 1972, 57 ss.; N. del T.]; Stratenwerth, ZStW 68 (1956), 41 ss.; aprob. Jescheck, AT[4], § 31 II 2.

[54] De modo similar: Maurach/Zipf, AT/1[8], 25/9, 10; Jescheck, AT[4], § 31 II 3; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 7. Escépticos frente a cualquier sistematización: Baumann/Weber, AT[9], § 19 III 3 a; LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 48.

43 Jakobs pretende, "enlazando con las teorías pluralistas", reconducir las causas de justificación a tres principios [55]: el principio de la responsabilidad (o aunque sea sólo del ocasionamiento o provocación) por parte de la víctima de la intromisión, el principio de la definición de intereses por parte la propia víctima de la intromisión, y el principio de solidaridad. En el primer grupo encajaría p.ej. la legítima defensa, en el segundo la autorización oficial justificante, y en el tercero el estado de necesidad agresivo (como el § 904 BGB). Sin duda que de ese modo se designan puntos de vista que hay que tener en cuenta en la justificación (así el principio de solidaridad corresponde al principio de autonomía antes citado); pero los mismos no agotan en absoluto los aspectos decisivos en la regulación, y además no son muy adecuados para la "estructuración de las causas de justificación" emprendida por Jakobs, sino que en parte se meten por en medio de ella. Así es cierto que el estado de necesidad justificante (§ 34) contiene principalmente supuestos del deber de solidaridad de los no intervinientes, pero también otros en los que la intromisión se debe a una provocación u ocasionamiento (en parte con responsabilidad y en parte sin responsabilidad) de la víctima de la intromisión; y la detención provisional (§ 127 StPO) puede estar motivada por la conducta del detenido, pero también puede recaer sobre alguien que sea inocente de la sospecha que equivocadamente pesa sobre él, por lo que en tal caso la intervención sólo se puede explicar por el principio de solidaridad.

VII. La concurrencia de causas de justificación

44 La concurrencia de causas de justificación no había sido objeto hasta tiempos recientes de investigaciones detalladas, que sin embargo aún no han conducido a resultados concluyentes [56]. En principio todas las causas de justificación rigen cumulativamente: así, quien sorprende y detiene *in fraganti* a un ladrón que huye con el botín, está justificado tanto por el § 127 StPO (detención preventiva) como por el § 32 (legítima defensa) y el § 34 (estado de necesidad). Sólo se producen excepciones a esa regla en los casos relativamente raros en los que una causa de justificación más estricta regula de modo especial un fragmento de una causa de justificación más amplia, sea porque "limita la consecuencia justificativa a determinadas acciones típicas o de otro modo en cuanto a su forma y extensión" [57], o porque prescribe o excluye una consecuencia jurídica que va más alla del efecto justificante (p.ej. la concesión de la reparación del daño). Warda habla en estos supuestos de "especialidad en sentido funcional".

45 Un ejemplo del primer tipo nos lo ofrece v.gr. el § 26 BJagdG en relación con el § 228 BGB. Como el [estado de necesidad defensivo del] § 228 BGB, según la concepción correcta, no sólo es aplicable a las cosas ajenas, sino también a las que no tienen dueño, pero susceptibles de un derecho de apropiación, según ese precepto sería en su caso admisible, para evitar los daños que va a causar el animal, matar de un disparo a la pieza que causa daños en la finca propia, puesto que ello puede ser necesario para impedir definiti-

---

[55] Jakobs, AT², 11/3.

[56] Warda, Maurach-FS, 1972, 143 ss.; Seelmann, 1978; K.-H. Peters, GA 1981, 445 ss.

[57] Aquí y tb. en lo siguiente, Warda, Maurach-FS, 1972, 166.

vamente el peligro y en la mayoría de los casos el daño tampoco sería desproporcionado con el peligro. No obstante, el § 26 BJagdG sólo autoriza a "detener" o "ahuyentar" a la pieza de caza, para lo que el propietario no puede "ni poner en peligro ni lesionar a la pieza". Por consiguiente, el legislador da prioridad a los puntos de vista de la conservación de la caza sobre los intereses del propietario del predio, y de ese modo efectúa para este caso especial una ponderación distinta de la prevista en el § 228 BGB para los restantes casos de ataques de animales. Con ello el § 26 BJagdG excluye que se pueda recurrir al § 228 BGB.

El segundo caso de especialidad se puede ilustrar con la relación existente **46** entre el § 228 BGB y el § 904 BGB. Si alguien se defiende contra un león que se ha escapado matándolo de un disparo, según su tenor literal se cumplen los requisitos tanto del § 904 BGB como del § 228 BGB. Pero lo que se opone a una aplicación cumulativa de ambas causas de justificación es que el § 904 BGB impone un deber de reparación del perjuicio producido al propietario, mientras que el § 228 BGB precisamente no lo prevé (salvo si el propio atacado ha provocado la situación de necesidad). Por tanto, como en el estado de necesidad defensivo por regla general no se da la obligación de reparación del daño, el § 228 BGB excluye al § 904 BGB, por lo que a éste sólo le quedan los casos del estado de necesidad agresivo.

Problemas especiales y aún menos aclarados se dan en la relación del § 34 **47** respecto de otras causas de justificación. Aunque el § 34 ciertamente no tiene "frente a todas las demás causas de justificación" [58] la "posición de una ley general en el aspecto lógico", de todos modos sí que constituye una *lex generalis* para todas las causas de justificación en las que se trata de evitar o contrarrestar un peligro actual (p.ej. para los §§ 904, 228 y 229 BGB, 32 StGB, 127 StPO). A ese respecto el § 34 impone una amplia ponderación de los intereses que coliden, sin prescribirle al juez los resultados en particular. En cambio, las reglas creadas en las restantes causas de justificación para situaciones de necesidad tipificables proporcionan resultados de la ponderación muy concretos; y está claro que la decisión legal sobre el conflicto expresada en las mismas no se puede eludir realizando otra ponderación de intereses distinta en el marco del § 34. Por tanto, cuando p.ej. el § 127 I 1 StPO sólo admite la detención provisional realizada por particulares si se sorprende o se persigue al sujeto "en flagrante delito", no se puede justificar en virtud del § 34 a una persona que tres días después del hecho se encuentre y detenga en la calle al delincuente; pues eso supondría desconocer que la colisión entre el interés estatal en la persecución del delito y el interés en la libertad del sospechoso y posiblemente inocente ya ha sido resuelta por el legislador con carácter vinculante en el § 127 I 1 StPO. Esto no significa que en la detención

[58] Así, sin embargo, Selmann, 1978, 74.

preventiva esté excluida la posibilidad de recurrir al § 34. Pero la ponderación de intereses que en dichos casos se efectúe conforme al § 34 tiene que respetar la valoración que se expresa en el § 127 I 1 StPO; si no concurren los presupuestos del § 127 I 1 StPO, normalmente el interés estatal en la persecución del delito tampoco podrá ser "sustancialmente preponderante" en el sentido del § 34 sobre el interés en la libertad del inculpado.

48 El hecho de que los derechos de necesidad que suponen causas de justificación especiales no excluyen al § 34 [59], sino que sólo rellenan su marco valorativo concretándolo, no carece de importancia práctica. En efecto, por una parte, del § 34 emanan elementos de valoración y ponderación que penetran en la interpretación de las causas de justificación especiales [60]. En el famoso ejemplo de laboratorio en el que una mujer rica, al comenzar a caer de repente un chaparrón, le arrebata el paraguas a una pobre para evitar que se estropee su valioso vestido, se excluirá la justificación conforme al § 904 BGB incluso aunque el daño que se le fuera a producir a la mujer rica fuera desde el punto de vista puramente contable "desproporcionadamente mayor" que el daño que amenazaba a la mujer pobre: pues el "principio de autonomía" (nm. 41), que en el tenor literal del § 904 BGB sólo se expresa en los aspectos cuantitativos de la relación entre los daños, también debe incluirse ampliamente aquí, como en el § 34, en la ponderación de intereses, lo que da como resultado que para salvar un vestido no se puede dañar sin más de ese modo la esfera de libertad de una persona ajena a la producción de peligro.

49 Por otra parte, excepcionalmente puede suceder que la solución del conflicto plasmada en un derecho especial de necesidad no excluya una valoración distinta conforme al § 34: cuando un caso tenga una situación tan especial que incluso la solución más concreta del conflicto en el derecho de necesidad siga suponiendo un retículo demasiado burdo, que ya no se adecua bien a la situación. Así, si un particular se encuentra al presunto delincuente varios días después del hecho, no lo podrá detener apelando al § 34 ni siquiera aunque se le acuse de un delito grave; pues si el legislador lo hubiera querido permitir, lo lógico sería que hubiera dictado una excepción a la exigencia del "delito flagrante" para tales delitos. Pero si el presunto responsable del delito grave se dispone precisamente a cruzar la frontera y a escapar para siempre, entonces estamos ante una constelación que ya no es abarcada por la *ratio* del § 127 StPO: pues la estricta limitación del derecho de detención por particulares se basa en la idea de que siempre sigue siendo posible la detención por los órganos del Estado competentes; pero si no es así, no se puede excluir sin más la justificación en virtud del § 34.

---

[59] Así, sin embargo, Warda, Maurach-FS, 1972, 162, 166.
[60] Cfr. al respecto Jescheck, AT[4], § 33 III 3; Sch/Sch/Lenckner[24], § 34, nm. 6.

Del mismo modo, la ponderación de intereses efectuada en el § 32 (legítima defensa) tampoco obsta a un examen del caso desde el punto de vista del § 34, y ello ni cuando concurra ni cuando esté excluido el § 32. Sobre todo tiene importancia práctica el segundo caso, o sea el de que haya que rechazar la legítima defensa, v.gr. porque la agresión no es "antijurídica" o no es "actual" en el sentido del § 32. En tales situaciones la razón profunda del rechazo de la legítima defensa reside en que el "principio del prevalecimiento del Derecho", que es constitutivo para el § 32 (cfr. nm. 41), o sea, la afirmación del Derecho frente al injusto en una situación de lucha actual, no puede tener validez alguna si la agresión es conforme a Derecho o no es actual. Pero eso no significa que se esté totalmente desprotegido y expuesto a la amenaza de agresiones conformes a Derecho o aún no actuales. Dado que el "prevalecimiento del Derecho" no es un presupuesto del § 34, nada se opone a examinar si en tal caso se pueden admitir los medios defensivos del § 34, mucho menos duros y susceptibles de mayor diferenciación [61] (cfr. para más detalles al respecto el tratamiento del estado de necesidad defensivo y de la legítima defensa preventiva en § 16, nm. 62 ss., 72 ss.). **50**

VIII. Cuestiones de error en las causas de justificación

1. El dolo de injusto

a) El estado de opinión

Uno de los problemas más discutidos de la teoría del error es el de cómo se ha de tratar el caso en que el sujeto se representa erróneamente los presupuestos objetivos (materiales) de una causa de justificación [62]. El ejemplo más conocido es el de la legítima defensa putativa: alguien toma por un ladrón que le ataca al transeúnte que se le aproxima a toda prisa a preguntarle el camino o la hora, y le mata de un disparo. Pero también en todas las otras causas de justificación pueden producirse situaciones análogas: v.gr. alguien perturba o interrumpe un servicio de culto religioso (§ 167) en la suposición errónea de que se ha declarado un incendio en el pueblo (estado de necesidad putativo); alguien detiene de resultas de una confusión a un no sospechoso invocando el § 127 StPO, etc. **51**

---

[61] Discr. Seelmann, 1978, 64 s.

[62] Ultimamente se ha vuelto polémica, a raíz del "caso del rey de los gatos" ("Katzenkönigsfall") (BGHSt 35, 347), la cuestión de si tb. la representación supersticiosa de un peligro puede fundamentar un error de esa clase; cfr. sólo Herzberg, Jura 1990, 16; Schumann, NStZ 1990, 32; Roßmüller/Rohrer, Jura 1990, 582. Contra lo que opinan Herzberg y Schumann (y con el BGH), ello no se puede negar sin más: lo decisivo es si el sujeto se ha representado un peligro real, no por qué motivos lo ha supuesto.

52 El P 1962 había pretendido regular legalmente el problema, y concretamente de manera diferenciadora. Con carácter general tal error habría excluido la pena por delito doloso y, en su caso, conducido a una condena por delito imprudente. El § 20 I del P 1962 había dispuesto: "Quien en la comisión de un hecho supone equivocadamente circunstancias que justificarían el hecho..., no será castigado por comisión dolosa." No obstante, según el ap. 2, debería ser "castigado por comisión imprudente, cuando el error le sea reprochable y la ley conmine también con pena la actuación imprudente". Frente a ello, según el § 39 II, no regiría el § 20 para la legítima defensa putativa; aquí se aplicaría una pena por delito doloso atenuada, en caso de suposición errónea vencible o evitable de circunstancias justificantes. Esta regulación fue objeto de enérgica crítica científica [63], pues el que un mismo error deba en parte excluir y en parte dejar subsistente la posibilidad de punición por delito doloso ha de conducir a contradicciones irresolubles —sobre todo en el concurso de causas de justificación—. En las deliberaciones de la nueva Parte general la Comisión especial se adhirió a esta crítica. "En las Jornadas de Profesores de Derecho Penal de 1964 se recomendó... por representantes de las más diversas procedencias la supresión de los §§ 20 y 39 ap. 2... del P 1962. A la Comisión especial le parecieron convincentes las objeciones planteadas" [64]. Por eso el Derecho vigente ha "dejado como hasta ahora a la jurisprudencia y a la doctrina jurídica" la solución del problema. La contención del legislador ha dejado en pie y ha seguido acrecentando la abundancia desconcertante de concepciones diversas que ya existía antes de la introducción de la nueva Parte general. Sin simplificar de manera demasiado burda se pueden distinguir cinco "teorías".

53 aa) Para la **teoría de los elementos negativos del tipo** (sobre ella exhaustivamente *supra* § 10, nm. 13-26) [65] la suposición equivocada de circunstancias justificantes es un error de tipo que excluye el dolo por aplicación inmediata del § 16 I y conduce, en su caso, a la punición por delito imprudente. Según esta teoría la no concurrencia de circunstancias justificantes pertenece por tanto también al "tipo legal" en el sentido del § 16 I.

54 bb) La **teoría restringida de la culpabilidad,** que es defendida por notables voces en la literatura científica [66] y en líneas generales también por la

[63] Especialmente tenaz en las ponencias de las Jornadas de Profesores de Derecho Penal de 1964 en Hamburgo: Arth. Kaufmann, ZStW 76 (1964), 543; Roxin, ZStW 76 (1964), 582.

[64] BT-Drucks. V/4095, 9.

[65] A favor suyo últimamente Schünemann, GA 1985, 347 ss. y (con una ligera restricción cercana a la concepción expuesta en los nm. 54 s.) Schroth, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 595.

[66] Engisch, ZStW 70 (1958), 566; Eser/Burkhardt, StrafR I^4, caso 15, nm. 20; Grünwald, Noll-GS, 1984, 183; Herzberg, JA 1989, 243, 294 ("teoría del injusto"); Hruschka, GA 1980, 1; Arth. Kaufmann, JZ 1954, 653; idem, JZ 1956, 353; idem, Lackner-FS, 1987, 192; Kuhlen, 1987, 298 ss.; Puppe, Stree/Wessels-FS, 1993, 192 s.; Roxin, MSchrKrim 1961, 211; idem, 1959 (^{2}1970) [= Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, trad. Bacigalupo, Buenos Aires, Depalma, 1979; N. del T.]; idem, ZStW 76 (1964), 599; SK^5-Rudolphi, § 16, nm. 10, 12; Schaffstein, MDR

jurispr. (al respecto nm. 60), llega al mismo resultado de excluir el dolo, aplicando el § 16 I al error de tipo permisivo, si bien no de forma inmediata, sino por analogía. Parte por tanto de la idea de que el "tipo legal" en el § 16 I sólo se refiere al tipo de delito comprendido en las descripciones del hecho de la Parte especial, pero pretende tratar la suposición errónea de una situación justificante **como** un error de tipo.

La denominación "teoría restringida de la culpabilidad" está generalizada, pero no es fácilmente comprensible. Se explica así: según la llamada teoría de la culpabilidad, un error que oculta al sujeto el carácter prohibido de su conducta es un problema de atenuación o exclusión, según las circunstancias, de su **culpabilidad,** pero que no afecta al **dolo,** a menos que concierna, en aplicación inmediata del § 16, a una circunstancia del hecho. La teoría aquí expuesta se aparta de este principio en cuanto que concede efectos excluyentes del dolo también al error de tipo permisivo, o sea no le reconoce influencia sólo sobre la culpabilidad. Por tanto la teoría de la culpabilidad se "restringe", porque se considera excluyente del dolo no sólo el caso del § 16, sino también el error de tipo permisivo. 55

cc) La **teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas** [67] no atribuye efecto excluyente del dolo al error de tipo permisivo, pero pretende —sobre todo en virtud de la culpabilidad disminuida del sujeto— equiparar en sus consecuencias jurídicas el hecho en su opinión doloso a un delito imprudente. Se pena por tanto al sujeto doloso —por analogía con el § 16 I— como a un sujeto imprudente. En su resultado esta teoría no se diferencia de la teoría restringida de la culpabilidad en el tratamiento del error, sino sobre todo en que hace posible la participación de un sujeto de mala fe en el hecho del que sufre el error: dado que la participación presupone, conforme a los §§ 26 y 27, el dolo del autor, pero no su punición (por delito doloso), se puede afirmar una participación punible, aun cuando no se castigue al autor (o, en su caso, se le castigue sólo por un tipo imprudente). 56

Una variante de la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas es la **teoría de la culpabilidad dependiente** (es decir, dependiente de la pena del delito imprudente) sustentada por Jakobs [68]. Según ella —naturalmente sólo cuando sea punible la comisión imprudente— debe tener lugar una condena por delito doloso, debiendo ser reducido sin embargo el marco penal del delito doloso al marco del delito imprudente. 57

1951, 196; idem, OLG Celle-FS, 1961, 175; Sch/Sch/Cramer[24], § 15, nm. 35, § 16, nm. 18; Stratenwerth, AT[3], nm. 499 ss.; v. Weber, JZ 1951, 260; idem, Mezger-FS, 1954, 183; Zielinski, 1973, 230. Una parte de los defensores de la teoría restringida de la culpabilidad simpatizan tb. con la teoría de los elementos negativos del tipo o la admiten como fundamento equivalente (p.ej. Engisch, Arth. Kaufmann, Roxin, Schaffstein).

[67] Su formulación más temprana se encuentra en Gallas, ZStW 67 (1955), 45 s., n. 89 (= Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 56 s., n. 89), donde se recomienda "que la suposición errónea de una situación justificante dejara intacto el dolo como tal, pero que excluyera la punición por el delito doloso, porque el tipo de culpabilidad presupuesto con él no se daría en este caso excepcional". En el resultado al que llegan, y en parte tb. en la fundamentación, igualmente: Blei, AT[18], 59 II 3; Dreher, Heinitz-FS, 1972, 223; Dreher/Tröndle[46], § 16, nm. 27; Herdegen, BGH-FS, 1975, 195; Jescheck, AT[4], § 41, III 2 d; Krümpelmann, GA 1968, 129; Lackner[20], § 17, nm. 15; Maurach/Zipf, AT/1[8], 37/43; Wessels, AT[23], § 11 III 1 c, f; Bockelmann/Volk, AT[4], § 16 C II.

[68] Jakobs, AT[2], 11/58.

58 dd) La **teoría de la culpabilidad independiente en cuanto a las consecuencias jurídicas** se desliga por completo del § 16 en el tratamiento del error de tipo permisivo. No sólo aprecia un delito doloso, sino que además construye un marco penal propio para el caso de vencibilidad del error. A este respecto, Krümpelmann [69] y Paeffgen [70] proceden no sólo aplicando obligatoriamente la atenuación del § 49 I, sino propugnando además permitir que se rebase hacia abajo el marco penal del delito doloso aplicando analógicamente el § 49 II. Dreher [71] pretende tratar *de lege ferenda* el error vencible sobre presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación en sus consecuencias jurídicas siempre como un delito imprudente —hasta aquí en coincidencia con la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas—. Pero esto regiría —y en esto estriba la independencia de la consecuencia jurídica— incluso "cuando la ley no conmine con pena en los demás casos la actuación imprudente. En tales casos la pena es la pena atenuada conforme al § 49 ap. 1, que está prevista para la actuación dolosa."

59 ee) Finalmente, la **teoría estricta de la culpabilidad** [72], que se ha desarrollado sobre todo en el marco de la doctrina finalista, trata la suposición errónea de circunstancias justificantes como un error de prohibición inmediatamente subsumible en el § 17. Por tanto el error no excluye nunca el dolo, sino únicamente la culpabilidad, en caso de ser invencible; si el error es, como sucede por regla general, vencible, la pena del delito doloso puede atenuarse conforme al § 17, ap. 2.

Esta doctrina lleva la denominación de "teoría estricta de la culpabilidad" porque contempla todos los errores conducentes a la suposición de una conducta conforme a Derecho, en tanto no se refieran a elementos del tipo de delito conforme al § 16 I, sin excepción ("estrictamente") como problemas de culpabilidad y los somete al § 17.

60 ff) La **jurisprudencia** sigue en líneas generales la teoría restringida de la culpabilidad. En BGHSt 3, 105 (107), se dice para el caso de suposición errónea del supuesto de hecho legitimador de un castigo en el marco del derecho de corrección: "El sujeto que actúa en error sobre la verdadera situación fáctica es... en sí fiel al Derecho; quiere observar los mandatos jurídicos y yerra este objetivo sólo a causa de su error sobre la situación material a partir de la cual se desarrolla su actuación... Por ello le es aplicable la idea del § 59 StGB (hoy:

---

[69] Krümpelmann, 1978, 6.

[70] Paeffgen, 1979, 165 ss.; acerca de Paeffgen, más detenidamente, Kuhlen, 1987, 306 ss. Entretanto Paeffgen ha renunciado *de lege lata* a la aplicación analógica del § 49 II (Arm. Kaufmann-GS, 1989, 411 n. 60). No existe ya entonces diferencia en el resultado con la teoría estricta de la culpabilidad.

[71] Dreher, Heinitz-FS, 1972, 227 s.

[72] Fue desarrollada sobre todo por Welzel: SJZ 1948, col. 368; NJW 1952, 564; JZ 1952, 596; JZ 1955, 142; ZStW 67 (1955), 196; ZStW 76 (1964), 619. Ultimamente de manera resumida: idem, StrafR[11], 168 ss. [=PG, 1987, 235 ss.; N. del T.]. Además: Bockelmann, AT[3], 1979, § 16 C II; Hirsch, 1960; Arm. Kaufmann, JZ 1955, 37; LK[10]-Schroeder, § 16, nm. 52; Maurach, AT, [4]1971, § 37 I D, § 38 B II; Maurach/Gössel, AT/2[7], 42/36, 44/61. Ulteriores referencias en Paeffgen, 1979, 93, n. 181.

§ 16), de imputarle, en favor suyo, no la verdadera situación material u objetiva, sino la erróneamente supuesta." BGHSt 3, 194 (196), se aproxima, en un caso de legítima defensa putativa, a la teoría de los elementos negativos del tipo; conforme a ello, "tal error, cuando se debe a una equivocación sobre la persistencia y la intensidad de la agresión y esa equivocación es invencible o inevitable, excluye la punibilidad y, en caso de ser vencible o evitable, conduce sólo a la pena del delito imprudente. Es un error sobre una circunstancia del hecho en el sentido del § 59 StGB (hoy: § 16), aun cuando sobre esa base sea un error sobre una causa de justificación..." En cambio, en BGHSt 3, 357 (364), se habla sólo de una equiparación al error de tipo: "Si el sujeto supone un derecho a ingerirse en la libertad personal de otro, porque considera, aunque sea erróneamente, que concurren unos hechos en caso de cuya concurrencia el ordenamiento jurídico efectivamente otorgaría un derecho a ingerirse, entonces se halla en un error que ha de equipararse en su trascendencia al error sobre circunstancias del hecho tratado en el § 59 ap. 1 StGB (hoy: § 16 I)..." BGHSt 31, 264 (286 s.), apoya también en una aplicación analógica del § 16 I la exclusión del dolo: "La suposición de un supuesto de hecho justificante excluye la punibilidad por delito doloso, aun cuando la suposición no se corresponda con la realidad. Hay que valorar tal error como un error sobre circunstancias del hecho excluyente del dolo según el § 16 ap. 1 StGB" [73].

En cambio, el BGH ha aplicado, en cuanto al resultado al que llega, la teoría estricta de **61** la culpabilidad en el caso del estado de necesidad justificante (el actual § 34), en cuanto que ha apreciado que existe un deber de examinar los presupuestos de la justificación y, en caso de no atenderlo, sólo ha concedido al sujeto que supone erróneamente una situación justificante un error de prohibición —con la elaborada fundamentación de que el autor de la interrupción del embarazo (que en esa época había que tratar todavía conforme a los principios del estado de necesidad) habría creído equivocadamente que "la destrucción del feto para salvar la vida de la madre estaría permitida incluso sin un examen cuidadoso de los presupuestos" (BGHSt 3, 7)—. Ese deber de examen y también la ubicación sistemática del error basada en él se rechazan hoy con carácter general y se consideran superados también desde el punto de vista de la jurispr. del BGH (cfr. acerca del deber de examen más detenidamente nm. 67, 81 ss.).

b) Toma de postura

aa) La discusión, sostenida "con verdadero refinamiento escolástico" [74], **62** ocupa en el tratamiento de estos casos todo el espectro entre el dolo y la imprudencia y apenas se puede ya abarcar en sus ramificaciones. Pero sólo es correcta la **teoría restringida de la culpabilidad,** y la idea políticocriminal en el fondo sencilla que la sostiene no debería perderse mediante complicadas construcciones [75]. Quien supone circunstancias cuya concurrencia justificaría

---

[73] Cfr. además BGHSt 17, 87 (91); BGH NJW 1968, 1885; GA 1969, 23, 24; GA 1969, 117 s.; MDR 1979, 985; NStZ 1983, 500; BayObLG NJW 1955, 1848.

[74] Engisch, ZStW 70 (1958), 567.

[75] Yo ya había censurado "el caos de teorías" en JuS 1973, 202. Grünwald, Noll-GS, 1984, 183, ha demostrado que sobre todo las "variantes de la teoría restringida de la culpabilidad" (*supra* nm. 56 ss.) sólo sostienen en lo esencial una terminología diferente; cfr. tb. n. 87.

el hecho actúa en razón de una finalidad que es completamente compatible con las normas del Derecho. Lo que pretende es jurídicamente intachable no sólo según su opinión subjetiva —no decisiva—, sino también según el juicio objetivo del legislador [75a]. Si a tal sujeto se le reprocha un delito doloso o incluso —como hace la teoría estricta de la culpabilidad— se le somete al marco penal establecido para delincuentes dolosos, se borra la diferencia básica entre dolo e imprudencia. Actúa dolosamente quien se decide por una conducta que está prohibida por el ordenamiento jurídico (aun cuando no conozca esa prohibición). A quien sin embargo se guía por representaciones que también en un enjuiciamiento objetivo se dirigen a algo jurídicamente permitido, y produce un resultado indeseado por falta de atención y cuidado, le es aplicable el reproche de la imprudencia. Así sucede en el error sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación, que en consecuencia hay que equiparar a un error de tipo del § 16.

63 bb) La posición extrema opuesta, la **teoría estricta de la culpabilidad,** desconoce esta diferencia valorativa, cuando juzga el error de tipo permisivo como error de prohibición del § 17. Quien actúa en error de prohibición posee una falsa concepción del Derecho y lo injusto que sólo puede eximir de la pena completa del delito doloso en la medida en que sea disculpable. Se iguala una diferencia cualitativa elemental cuando se ubica en la misma categoría jurídica el error sobre el supuesto de hecho de quien está motivado por representaciones valorativas jurídicas correctas.

64 Naturalmente los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad pretenden demostrar asimismo a la teoría restringida de la culpabilidad que ésta, con su aplicación analógica del § 16, equipararía errores que valorativamente hay que distinguir. Alegan lo siguiente: quien supone los presupuestos de una causa de justificación sabría siempre que realiza un tipo y que por tanto hace algo prohibido "en sí". Esta "función de llamada de atención del dolo típico" [76] debería inducirle a un examen especialmente cuidadoso del supuesto de hecho; si lo omitiera, entonces el injusto de su conducta sería más grave que el de un error de tipo ordinario. Pero el argumento no se sostiene. En primer lugar, quien supone un supuesto de hecho justificante actúa según su representación de un modo exactamente igual de intachable que quien no quiere realizar ningún tipo; la situación supuesta neutraliza los impulsos de alarma y de inhibición que emanan normalmente del tipo [77]. "No se... comprende bien", dice con razón Dreher [78], "por qué un ejecutor judicial que entra por la fuerza en una vivienda estaría llamado a un examen más cuidadoso de la situación

[75a] Así tb. Puppe, Stree/Wessels-FS, 1993, 192.
[76] Así el título (en alemán: "Die Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes") del artículo de Naka, JZ 1961, 210.
[77] Engisch, ZStW 70 (1958), 599; Schaffstein, OLG Celle-FS, 1961, 183 s.
[78] Heinitz-FS, 1972, 215.

material que un automovilista que viaja con su coche en mitad de un tráfico denso."

Pero además y sobre todo, la llamada a una conducta cuidadosa no surge en absoluto en primer término de la realización del tipo, sino de la peligrosidad de la situación, que también insta a menudo con especial claridad la atención de quien actúa sin dolo [79]. Quien realiza una maniobra arriesgada de adelantamiento en el tráfico, quien entra en un pajar con una vela encendida, quien maneja un arma de fuego cargada o un explosivo cerca de donde hay personas, ha desoído llamadas muy insistentes a examinar la situación, cuando se produce una desgracia; y sin embargo actúa sólo imprudentemente. Frente a ello el que invoca un error de tipo permisivo puede alegar incluso en la mayoría de los casos que la representación de una situación de conflicto o necesidad que obligaba a una actuación rápida le ha impedido un examen más a fondo. En cualquier caso, no puede decirse que quien supone una situación justificante esté sujeto de modo general a llamadas a examen más enérgicas que quien en general en los demás casos crea riesgos no permitidos. Quien hace algo injusto porque no ha examinado con suficiente cuidado la situación actúa siempre sólo imprudentemente y no es un sujeto doloso. **65**

Los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad invocan además las lagunas de punibilidad que se producen al no existir en la mayoría de los casos una conminación con pena de la imprudencia. Es cierto que los delitos imprudentes del Derecho vigente están concebidos en primer término para la imprudencia típica y no para la suposición errónea vencible de supuestos de hecho justificantes. Pero no se puede demostrar la necesidad políticocriminal de castigar el error de tipo permisivo también en los casos en que es impune la imprudencia típica. Con razón afirma Jakobs [80]: "Si para la protección frente a los daños imprudentes es suficiente la obligación de indemnizar daños y perjuicios derivada de aquéllos, ésta también debería valer para la protección frente a daños producidos en la suposición errónea de v.gr. un estado de necesidad" [81]. Si una destrucción todo lo temeraria que se quiera de bienes patrimoniales importantes no es abarcada por el § 303 [daños], constituye una clara contradicción valorativa el que conforme a la teoría estricta de la culpabilidad tenga que contar con el castigo por daños dolosos quien p.ej. para salvar una vida humana cree erróneamente tener que dañar una cosa ajena. **66**

La única "laguna de punibilidad" que ha tenido en algún momento relevancia práctica en este ámbito existía antiguamente en el aborto (§ 218), que no es punible como delito imprudente. Dado que la interrupción del embarazo médicamente indicada se trataba como **67**

---

[79] Muy bien al respecto Jakobs, AT², 11/47; en contra sin embargo Paeffgen, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 407.

[80] Jakobs, AT², 11/56.

[81] Por eso la propuesta de Dreher de crear aquí en todos los casos conminaciones de pena propias para la imprudencia va demasiado lejos (cfr. nm. 58).

caso de estado de necesidad justificante antes de la nueva regulación por la 5.ª StrRG y la 15.ª StrÄG, un médico que suponía erróneamente los presupuestos de la indicación médica o al que no se le podía refutar dicha suposición, no podía ser castigado, conforme a la teoría restringida de la culpabilidad. La teoría estricta de la culpabilidad siempre ha contado como una de sus ventajas el poder castigar aquí por aborto doloso. El deseo de poder castigar indujo aquí también al BGH a apartarse de la concepción que en los demás casos defiende (cfr. nm. 61) y a los autores del P 1962 a establecer una regulación específica del error concebida para este caso (cfr. nm. 52). Podemos dejar a un lado la cuestión de si realmente existía una necesidad de pena para esos casos sobre la base del Derecho de la época. En cualquier caso el problema se ha resuelto hoy por la nueva regulación de la interrupción del embarazo.

68 El **dolo de injusto** que es necesario según la teoría restringida de la culpabilidad aquí sostenida abarca por tanto más que el **dolo típico** del § 16 I. Pertenece al mismo el conocimiento de las circunstancias del tipo legal (§ 16 I) y además la no suposición de circunstancias justificantes [82]. A la inversa, el dolo se excluye por la falta de conocimiento de los presupuestos del tipo legal y además por la suposición errónea de circunstancias de justificación. De este modo se trata por igual todas las circunstancias relevantes para la determinación del injusto. Quien yerra sobre una circunstancia de la que depende el injusto de su conducta no sabe lo que hace y obra sin dolo delictivo, porque aquello que se representa no merece desaprobación jurídica. Por el contrario, actúa en error de prohibición (§ 17) quien sabe lo que hace, pero cree erróneamente que puede actuar así.

69 Armin Kaufmann [83] ha objetado a esta concepción que, en virtud de la misma, el sujeto que actúa dolosamente debería representarse de modo actual en el momento de la comisión del delito, aparte de las circunstancias del tipo legal, siempre además la falta de todas las causas de justificación; como eso no sucede en la práctica, esa concepción habría de conducir a resultados indefendibles. Pero se trata de un intento inidóneo de refutación. Pues del mismo modo que el injusto objetivamente requiere, junto a la realización del tipo, sólo la ausencia de causas de justificación, también el dolo de injusto presupone, junto al conocimiento de las circunstancias del hecho, sólo la ausencia de suposiciones justificantes [84]. Prescindiendo de ello, el autor conoce perfectamente también, en forma de "coconsciencia" no reflexiva que surge de la situación y es por completo suficiente para la apreciación del dolo (cfr. § 12, nm. 107), la ausencia de circunstancias justificantes: quien a mala idea p.ej. planea dar una paliza a otro o destruir una cosa ajena desde luego ejecuta el hecho con representación de que va a agredir sin causa justificante.

70 cc) La **teoría de los elementos negativos del tipo,** al incluir los presupuestos de la justificación en el "tipo legal" como circunstancias negativas, alcanza mediante la aplicación inmediata del § 16 I el mismo resultado al que llega la teoría restringida de la culpabilidad con la analogía al § 16 I. No existen objeciones estructurales decisivas a esta concepción. Se mantiene también dentro del marco de una interpretación teóricamente admisible del § 16, puesto que el legislador ha dejado expresamente abierta la posibilidad de que

---

[82] Por completo como aquí Kuhlen, 1987, 298 ss. (331).

[83] Arm. Kaufmann, JZ 1955, 38; siguiéndole, Jescheck, AT[4], § 41 III 2 a, y Paeffgen, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 403.

[84] SK[5]-Rudolphi, § 16, nm. 12; cfr. además Schünemann, GA 1985, 350.

"en el caso del error sobre los presupuestos de causas de justificación se trate de un error de tipo" [85]. Pero presupone una estructura bipartita del delito, que reúne tipo y antijuridicidad en un "tipo global (o total) de injusto", contra la cual no habría nada que objetar desde el punto de vista de la teoría del error, pero frente a la cual existen en lo demás razones en contra (cfr. más detenidamente § 10, nm. 13-26). Por eso es más correcto separar el "tipo para el error" como objeto del dolo de injusto del "tipo sistemático" (cfr. § 10, nm. 1-6), extendiéndose el tipo para el error a todas las circunstancias que determinan el injusto, mientras que el tipo sistemático (el tipo legal del § 16 I) queda limitado a los elementos del tipo de delito que determinan el injusto de las descripciones de los hechos de la Parte especial.

dd) Tampoco la **teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas** se diferencia en su resultado práctico de la teoría restringida de la culpabilidad en lo que se refiere al tratamiento del error. Sin embargo, no convence su construcción, según la cual en caso de error de tipo permisivo existiría "injusto de la acción doloso", pero, en virtud del menor contenido de punibilidad, "se castigaría sólo por imprudencia" [86,87]. La misma contradice el principio de que los conceptos jurídicos se han de definir conforme a sus consecuencias jurídicas. Un delito doloso es una conducta para la que en la ley está prevista la pena correspondiente al dolo; cuando en cambio se considera adecuada la pena del delito imprudente, no tiene ningún sentido llamar dolo a la forma de conciencia que conduce a ese castigo. La hipótesis del finalismo, que contribuyó esencialmente al surgimiento de la teoría estricta de la culpabilidad, de que el dolo estaría ontológicamente limitado al conocimiento de los elementos del tipo objetivo se puede considerar hoy refutada [88]. Asimismo sería errónea la concepción de que el legislador habría establecido en el § 16 I el concepto de dolo decisivo para la teoría del error. El legislador sólo ha afirmado ahí que el error de tipo excluye el dolo; precisamente no ha querido excluir que otros errores tengan el mismo efecto (cfr. ya nm. 70). Tampoco es acertada la tesis de que un sujeto que actúa en virtud de la suposición errónea de presupuestos de justificación habría realizado un "injusto de la acción doloso" [89]. Sin duda existe un injusto de la acción cuando 71

---

[85] BT-Drucks. V/4095, 9. Tb. la Fundamentación del P 1962 quiso expresamente "dejar sin resolver" la cuestión de si es correcta la teoría de los elementos negativos del tipo. Ultimamente de nuevo a favor de esta teoría de modo enérgico Schünemann, GA 1985, 351 ss.

[86] Formulaciones de Jescheck, AT^4, § 41 III 2 d.

[87] Recientemente se formula una crítica aguda contra la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas, que durante un tiempo fue casi dominante; así en Schünemann, GA 1985, 350 ("engendro dogmático"), Herzberg, JA 1989, 243 ss., 294 ss., y Arth. Kaufmann, Lackner-FS, 1987, 192 ss.

[88] Más detenidamente Roxin, ZStW 74 (1962), 515 ss. (= Grundlagenprobleme, 72 ss.) [= Problemas básicos, 1976, 84 ss.; N. del T.].

[89] Así decididamente de nuevo Paeffgen, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 405 ss.; exhaustivamente idem, 1979, 123 ss.

el error era vencible; pero ese desvalor consiste en una falta de atención y es por tanto injusto de la acción imprudente. El injusto de la acción doloso presupone que el sujeto se haya impuesto como objetivo una conducta que el ordenamiento jurídico valore como injusto desde su perspectiva; y eso no sucede sin embargo en caso de error de tipo permisivo.

72 Es cierto que la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas comporta una diferencia práctica frente a la teoría restringida de la culpabilidad en el campo que concierne no a la teoría del error, sino a la de la participación. La misma permite castigar por participación a quien dolosamente coopera en el hecho del que actúa en error de tipo permisivo; pues, aun cuando la conducta del que sufre el error no se castiga a partir del marco penal del dolo, la misma sigue siendo sin embargo, según esta teoría, una acción dolosa, y los §§ 26 y 27 no exigen más para la participación. Pero no es necesaria una teoría especial del error para resolver o solucionar este problema de participación. Los casos en cuestión son muy escasos, porque por regla general existe una autoría mediata, y por tanto no resulta en absoluto adecuada la punición por participación: quien, con pleno conocimiento del error, le entrega un revólver al que actúa en legítima defensa putativa se convierte en culpable de un delito de homicidio en autoría mediata, si el ejecutor no doloso mata de un disparo al supuesto agresor.

73 De este modo sólo quedan como "lagunas" los casos de error sobre el dolo del autor y sobre tipos que exigen una cualificación especial en el autor de la que no dispone el extraño. Si v.gr. en el ejemplo de la legítima defensa putativa quien entrega el revólver no conoce el error del que actúa de modo inmediato, no puede ser autor mediato, porque la falta le conciencia de su dominio del hecho, objetivamente existente; la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas puede castigarle sin embargo como cómplice. Además, cuando un *extraneus* hace creer a un funcionario, el cual realiza el tipo de un delito de funcionarios, que concurre una situación justificante, su autoría mediata resulta imposible por no reunir la propiedad que el tipo exige al autor; sin embargo, la construcción de un autor que actúa dolosamente sigue dejando abierta la posibilidad de una punición por inducción. Sólo que: las "lagunas de punibilidad" que se producen aquí para la teoría restringida de la culpabilidad fueron creadas conscientemente por el propio legislador cuando en la nueva versión de los §§ 26 y 27 excluyó la posibilidad de participación en un hecho no doloso. Si estas "lagunas", que se producen con mucha mayor frecuencia en caso de error de tipo del que actúa de modo inmediato, se consideran allí inocuas, no se entiende por qué habrían de ser intolerables en el caso del error de tipo permisivo.

74 El único caso de la práctica al que se refiere la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas atañe a la constelación en que un

tercero indujo a un médico, haciéndole creer que el paciente le había exonerado del deber de guardar secreto, a la entrega de informaciones médicas (OLG Köln MDR 1962, 591 s.). Pero, según la concepción correcta (cfr. § 13, nm. 12 ss., 22), aquí falta ya el dolo típico en el médico que sufre el error: quien se cree amparado por el asentimiento del paciente no quiere quebrantar el deber de guardar secreto y lesionar así el bien jurídico típicamente protegido. Por tanto no se puede fundamentar la punibilidad del sujeto de atrás tampoco a través de la "sujeción" de la participación al dolo típico. Todos los supuestos de participación en un hecho cometido en error de tipo permisivo aducidos se han quedado hasta ahora por tanto en casos de cátedra o de laboratorio, lo cual no habla precisamente en favor de una necesidad perentoria de punibilidad.

Quien sin embargo considere que se da esta necesidad puede además satisfacerla, sin forzar la teoría del error, allí donde reside el problema: en el ámbito de la teoría de la participación. Basta con que interprete el concepto "dolosamente" de los §§ 26 y 27 sólo en el sentido del dolo típico. El que en la teoría de la participación se partiera del dolo típico, y en la teoría del error en cambio del dolo de injusto, se correspondería plenamente con las en cada caso distintas funciones de la exigencia de dolo. **75**

ee) Con ello están indicadas también las razones que se puede aducir en contra de la **teoría de la culpabilidad independiente en cuanto a las consecuencias jurídicas.** Ni es adecuada para afirmar el dolo en caso de suposición errónea de circunstancias justificantes (cfr. nm. 71) ni hay motivo para prever unas consecuencias jurídicas distintas de las establecidas en los demás casos para la conducta imprudente. **76**

c) La delimitación entre error de tipo permisivo y error de prohibición

El **error de tipo permisivo** excluyente del dolo ha de distinguirse del **error de permisión,** es decir, de la suposición errónea de una causa de justificación absolutamente inexistente. El error de permisión es de manera indiscutida según todas las teorías un error de prohibición (§ 17). Su examen más detenido corresponde al ámbito de la responsabilidad (*infra* § 21, nm. 21 ss.). Aquí se trata sólo de delimitar esta forma específica de error de prohibición del error sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación, que hay que tratar de modo completamente diferente. Existe un error de permisión en primer lugar cuando alguien invoca una causa de justificación que el ordenamiento jurídico no reconoce. El estudiante que perturba o interrumpe la clase cree p.ej. que sus coacciones (§ 240) están permitidas por un "derecho de huelga"; una mujer se hace practicar un aborto (§ 218) por un curandero, creyendo que eso está autorizado por su "derecho de autodeterminación"; un funcionario admite regalos (§ 331) porque piensa que eso está permitido por **77**

una causa de justificación del Derecho consuetudinario. Estos errores no modifican para nada la concurrencia de coacciones, aborto o cohecho dolosos; a lo sumo pueden excluir o atenuar la culpabilidad conforme al § 17.

78 Un subcaso del error de permisión es el **error sobre el límite de la permisión.** Existe cuando alguien extiende demasiado los límites de una causa de justificación en sí existente y, con conocimiento pleno del supuesto de hecho, subsume en una causa de justificación una conducta que ya no es abarcada por aquélla. P.ej. un padre inflige considerables malos tratos a su hijo, suponiendo que los mismos están amparados por el derecho de corrección de los padres; o alguien golpea a un agresor que ya está tumbado en el suelo, porque cree actuar en legítima defensa. En ambos casos hay que afirmar unas lesiones dolosas. El sujeto aprecia, para una supuesto de hecho conocido correctamente en sus datos objetivos, una causa de justificación que el Derecho no reconoce. Se halla por tanto en un error de permisión, que sin embargo se apoya en una causa de justificación existente, pero extendiéndola más allá de lo permitido por la ley. La creencia errónea de actuar conforme a Derecho sólo ha de contemplarse también aquí como error de prohibición (§ 17).

79 Los problemas de delimitación más difíciles se producen en los **"elementos de valoración global del hecho"** (más detenidamente § 10, nm. 45 ss.), que existen no sólo en el tipo (más detenidamente § 12, nm. 89 ss.), sino también en las causas de justificación. Un elemento de esa clase es p.ej. la "antijuridicidad" de la agresión en el § 32. Cuando alguien opone resistencia frente a una agresión objetivamente conforme a Derecho, suponiendo erróneamente que la agresión es antijurídica, ¿concurre un error excluyente del dolo sobre los presupuestos objetivos del § 32 o un error de permisión que hay que tratar como error de prohibición (§ 17)? Depende. Cuando alguien se defiende de una detención preventiva o provisional conforme al § 127 StPO, suponiendo erróneamente que los particulares no podrían detener a nadie, de modo que el proceder de quien le detiene constituiría una agresión antijurídica, el mismo se halla en error de prohibición. Pues, cuando cree poder oponer resistencia frente a tal detención, supone una causa de justificación que no existe. El error sobre la antijuridicidad de la agresión es aquí idéntico a la representación errónea sobre el Derecho y el injusto de la propia conducta. Cosa distinta sucede en cambio con el error sobre la antijuridicidad de la agresión que no atañe a la valoración del suceso global, sino a los hechos en los que se basa el juicio de antijuridicidad. Cuando un particular, a consecuencia de una confusión de personas, pretende, en su proceder conforme al § 127 StPO, detener a un inocente, y actúa luego en "legítima defensa" frente a la resistencia legítima de éste, tal error sobre la antijuridicidad de la agresión es un error de tipo permisivo excluyente del dolo. Pues, si el supuesto de hecho fuera como él se lo representa, su actuación estaría efectivamente amparada por legítima defensa.

Lo propio rige para la ponderación de intereses en el marco del § 34. Quien en un caso de colisión pondera los intereses de forma distinta a como lo hace el ordenamiento jurídico, y p.ej. cree que para salvar bienes patrimoniales, dado el caso, se puede infligir lesiones graves a una persona no implicada, se halla en error de prohibición. Quien por el contrario supone una preponderancia sustancial de los intereses por él salvaguardados, porque no se ha percatado de lo que está en juego para los otros, actúa sin dolo. Pues no emite un juicio jurídico global equivocado, sino que yerra, existiendo una ponderación de intereses jurídicamente acertada, sobre sus presupuestos objetivos. El principio antes desarrollado se confirma por tanto también aquí: los elementos de valoración global se han de dividir; el error sobre circunstancias que sirven de base a la valoración jurídica global ha de tratarse conforme a las reglas del error de tipo, y, en cambio, el error sobre la valoración global ha de tratarse como error de prohibición. 80

2. ¿Deber de examen en las causas de justificación?

La jurispr. antigua, no abandonada hasta hoy, parte de la base de que, en 81 algunas causas de justificación, la justificación exige un examen conforme a deber por parte de quien actúa de las circunstancias que las fundamentan. Ello regiría para el estado de necesidad justificante [90], para la salvaguarda de intereses legítimos (§ 193) [91] y para distintos derechos relacionados con el ejercicio del cargo [92]. La doctrina científica ha rechazado en general tal deber de examen para el caso del estado de necesidad justificante (§ 34) [93], pero lo ha admitido en reiteradas ocasiones en los restantes casos y además en el consentimiento presunto, no tratado hasta ahora por la jurispr. [94]. En la literatura científica la mayoría de las veces se halla tras ello la idea de que la justificación que atiende a un riesgo permitido o de a mera sospecha, que por tanto considera suficiente para la justificación en determinadas circunstancias una suposición equivocada, al menos debe requerir un examen cuidadoso por parte del que actúa. La jurispr. lo hace sobre todo para poder no obstante castigar por delito doloso en caso de errores sobre los presupuestos objetivos o materiales de estas causas de justificación (cfr. nm. 61); en efecto, si la punición por delito doloso no se excluye ya por la situación de justificación objetivamente existente y también subjetivamente supuesta por el sujeto, sino sólo al añadírsele un examen conforme a deber, con mayor motivo la suposi-

---

[90] Cfr. RGSt 62, 138; 63, 227; 64, 104; 77, 116; BGHSt 1, 329; 2, 114 s.; 3, 9; 14, 2.

[91] RGSt 5, 124; BGHSt 14, 51.

[92] RGSt 38, 375; 61, 299; 72, 311.

[93] En otro sentido sobre todo Blei, AT[18], § 44 V.

[94] Muy influyente fue sobre todo Lenckner, H. Mayer-FS, 1966, 165 ss.; cfr. además Jescheck, AT[4], § 41 III 3, 4; Lackner[20], § 17, nm. 17; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 19; cfr. tb. Roxin, Welzel-FS, 1974, 453 ss.

ción errónea de una situación justificante no puede impedir la punición por dolo. De este modo el reconocimiento del deber de examen conduce en su resultado a la teoría estricta de la culpabilidad (cfr. al respecto nm. 59, 63 ss.).

82 Hay que rechazar sin embargo tal deber de examen. El mismo conduce al resultado insostenible de que alguien que no ha examinado suficientemente los presupuestos de la justificación habría de ser castigado por delito doloso, incluso cuando concurre una causa de justificación y el sujeto ha actuado suponiendo su concurrencia. Pero esto resulta inaceptable, pues falta tanto un desvalor del resultado como también un desvalor doloso de la acción, dado que el resultado es objetivamente correcto y la finalidad del sujeto coincide con los mandatos del Derecho. La falta de examen fundamenta sólo una falta de cuidado —inocua *in concreto*—; se trata de una tentativa imprudente, que no está penada. La misma tampoco puede dar existencia a ningún dolo cuando el sujeto supone erróneamente la situación justificante; también en este caso conduce sólo a una producción imprudente del resultado.

83 Las causas de justificación para las que con frecuencia se hace una excepción no merecen un tratamiento distinto [95]. Cuando p.ej. un policía detiene preventivamente conforme al § 127 II StPO a alguien en quien concurren realmente indicios fundados de delito y una causa de arresto, no hay motivo para castigar por detenciones ilegales dolosas a quien practica la detención habiendo supuesto acertadamente estos presupuestos, sólo porque no examinó con el suficiente cuidado si existían los presupuestos para la detención. Ello no significa que un policía siempre haya de ser ya absuelto por falta de dolo de una acusación por detenciones ilegales cuando p.ej. lleva a cabo injustamente una detención del § 127 II StPO en virtud de indicios vagos [96]. Pues cuando toma unos indicios vagos por unos indicios fundados de delito que facultan a la detención, se trata de un error de subsunción que conduce únicamente a un error de prohibición (§ 17). El dolo sólo se excluye cuando el policía se representa unas circunstancias verdaderamente concretas que justifican una detención provisional o preventiva; castigarle en tal caso, si el error es vencible, por delito doloso del § 239 sería sin embargo también inadecuado.

84 Tampoco en el consentimiento presunto [97] —por citar tan sólo este ejemplo— se excluye ya el dolo cuando alguien que v.gr. castiga (para corregirle) a un niño ajeno o abandona el lugar de un accidente supone por negligencia o ligereza, sin especiales indicios, que los padres del niño o el propietario del coche por él dañado estarán de acuerdo con su conducta. Por el contrario, hay que castigar aquí también, conforme a la teoría restringida de la culpabilidad,

---

[95] Cfr. sobre todo Rudolphi, Schröder-GS, 1978, 73 ss.; Zielinski, 1973, 271 ss.; además Jakobs, AT^2, 11/24 ss.; SK^5-Samson, antes del § 32, nm. 44 ss.

[96] Más detenidamente al respecto Rudolphi, Schröder-GS, 1978, 94 s.

[97] Más detenidamente al respecto Roxin, Welzel-FS, 1974, 458 ss.

por un delito de lesiones (§ 223) o de fuga del lugar del accidente (§ 142); existe una exclusión del dolo sólo cuando quien actúa se ha representado unas circunstancias concretas que, según parámetros jurídicos, permitan concluir que existe un consentimiento presunto. Por tanto, sobre el dolo no decide lo que el sujeto haya examinado, sino lo que se haya representado. Sin embargo, quien no examina en absoluto las circunstancias justificantes, en muchos casos tampoco se las habrá representado en concreto y no actúa por ello sin dolo.

3. Elementos de justificación que atienden a circunstancias inciertas o futuras

Una modificación de las reglas del error se puede derivar del hecho de que muchas causas de justificación exigen la valoración de circunstancias que son indeterminadas o que dependen aún de una evolución inminente. Así, el § 34 presupone un "peligro actual no evitable (afrontable, eludible) de otro modo". Si, conforme a un juicio objetivo *ex ante*, hay que afirmar tal peligro, quien actúa está justificado, aun cuando posteriormente se demuestre que el peligro no existió en realidad. No existe por tanto, a pesar de la valoración de la situación, un estado de necesidad putativo, sino un verdadero estado de necesidad. Algo similar sucede en el consentimiento presunto. Cuando hay indicios suficientes que indican que el titular del bien jurídico está de acuerdo con la ingerencia en su esfera, si el sujeto actúa confiando en ello, el que el titular del bien jurídico en realidad no aprobara en modo alguno la intromisión en nada modifica el consentimiento presunto; existe entonces una justificación real y no meramente putativa. Incluso en la legítima defensa se suscitan estas cuestiones. En una agresión aparente (v.gr. con una pistola descargada), ¿hay que apreciar una situación de defensa real o sólo supuesta? ¿Hay que determinar lo que era "necesario" para defenderse según las circunstancias reales o según lo que el agredido conoce o podría conocer en el momento de la defensa? **85**

En la medida en que se tengan en cuenta circunstancias inseguras en beneficio del agente —lo cual también puede ser distinto en cada caso—, la dificultad radica en el problema de a partir de qué límite un enjuiciamiento erróneo de la situación o de su evolución puede transformar la justificación en una justificación putativa que se ha de tratar conforme a las reglas del error. ¿Hay que enjuiciar p.ej. la cuestión de si existe un peligro en el sentido del § 34 desde la perspectiva subjetiva del que se ingiere, desde la valoración de una persona cuidadosa del sector de la vida del que actúa o desde el punto de vista de un experto provisto del mayor conocimiento de su época? Y, ¿conforme a qué parámetros hay que determinar cuándo hay que apreciar un consentimiento presunto aun en caso de voluntad discrepante del titular del bien jurídico en el momento de la ingerencia? No se puede dar una respuesta unitaria a estas cuestiones. Sólo se pueden responder según las peculiaridades de las distintas causas de justificación y desde el contexto del correspondiente **86**

elemento prospectivo [98]. En cualquier caso, el estado actual de la discusión, aún no clarificada en muchos puntos, no permite la formulación segura de principios generales. Sin embargo "de momento" hay que atenerse a la idea de que es inadmisible recurrir a las reglas del error cuando la falta de certeza de un juicio que hay que emitir *ex ante* —y que hay que decidir conforme a muy distintos criterios— pasa a formar parte del supuesto de hecho justificante [99]. Aun cuando el sujeto suponga erróneamente los presupuestos de una causa de justificación, sigue no obstante sin realizar un injusto imprudente, si observa en esa situación el cuidado exigible en el tráfico [99a].

4. La falta de certeza sobre la concurrencia de una causa de justificación

87 Menos tratada y esclarecida hasta hoy ha sido la cuestión de cómo hay que enjuiciar el caso en que alguien se representa sólo como posiblemente existente la situación justificante [100]. El BGH resolvió una vez un caso en el que un conductor se abalanzó sobre tres hombres que le cerraban el paso, porque "(consideró) posible que le fueran a dar una paliza" (BGH VRS 40 [1971], 104, 107); el BGH apreció en el sujeto una legítima defensa putativa. Pero esto es difícilmente correcto. Pues quien sólo considera posible una agresión actual cuenta seriamente también con la posibilidad de que se trate de un suceso inocuo, de modo que hay que atribuirle por tanto un *dolus eventualis*. Si por el contrario confía en la concurrencia de una causa de justificación, se debería apreciar un error de tipo permisivo [100a].

88 Lo correcto será partir de la idea de que cuando se puede examinar la situación o evitar un peligro, no se puede actuar en modo alguno sobre la base de una mera representación de posibilidad. Un policía que considera sólo posible que una persona observada por él sea el delincuente buscado y que hay que detener conforme al § 127 II, no puede por tanto detener al azar, sino que debe examinar más detenidamente el supuesto de hecho, antes de, en su caso, proceder a la detención. Si actúa a la buena de Dios, se le ha de castigar por detenciones ilegales dolosas, si atrapa a un inocente; si casualmente cap-

---

[98] Jakobs, AT², 11/7-15, intenta una panorámica global muy sugerente.

[99] Una concepción desarrollada sobre todo por Arm. Kaufmann, Welzel-FS, 1974, 401 s., pretende determinar *ex ante* todos los elementos de justificación. De acuerdo Rudolphi, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 382 ss. Desde luego no es concluyente su argumento de que se trata de la determinación de los requisitos jurídicopenales de la conducta, porque el injusto típico que hay que justificar abarca tb. el resultado (cfr. § 10, nm. 100). Esta opinión no tiene suficientemente en cuenta el aspecto del injusto como norma de valoración. Con dudas tb. Paeffgen, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 420.

[99a] De este modo me parece que desaparece la contradicción constatada por Herzberg, Stree/Wessels-FS, 1993, 212, entre lo expuesto *supra* y mis explicaciones en la Pfeiffer-FS, 1988, 51.

[100] La primera investigación a fondo la ofrece Warda, Lange-FS, 1976, 119 ss.; prosiguiéndola Jakobs, AT², 11/28 s.; Schroth, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 604 ss.; además LK⁹-Baldus, § 53, *nm.* 51; cfr. tb. Arzt, Jescheck-FS, 1985, 396 ss.; Seier, JuS 1986, 220 s.

[100a] Schroth, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 608.

tura al que correspondía, no hay sin duda desvalor de resultado, pero sí subsiste una tentativa (en su caso punible por el § 240 III) [101]. De manera análoga, alguien que ve a un hombre que salta sobre él, del que no sabe si es un ladrón o un corredor de obstáculos entrenándose, deberá asegurarse en la medida de lo posible; si "por sospecha" mata de un disparo a un deportista, es penalmente responsable por homicidio doloso.

Las mayores dificultades las ofrece la situación en que alguien no está seguro de si concurre una situación de justificación, pero esperar más produce el peligro de que sea demasiado tarde para evitar el daño. En no pocas ocasiones habrá que apreciar un estado de necesidad justificante [102]. Si p.ej. alguien ve zozobrar una barca de vela en la mar agitada y fuerza un almacén para apresurarse a auxiliar a los accidentados con una lancha motora, porque desconoce si sabrán nadar lo bastante bien como para salvarse por sus propios medios [103], existe en todo caso —como quiera que suceda en realidad— un peligro (acerca del concepto de peligro en el § 34, cfr. § 16, nm. 9 ss. [15]). El mismo justifica las acciones típicas (§§ 303 y 123) conforme a los §§ 904 BGB y 34, aun cuando posteriormente se demuestre que los náufragos habrían estado en condiciones de ponerse a salvo sin ayuda ajena. 89

Pero esta solución a través del estado de necesidad, que también puede ser útil en situaciones dudosas de legítima defensa, falla cuando se enfrentan vida contra vida. Cuando alguien no sabe si la figura que se le aproxima en circunstancias sospechosas es un asesino o un perturbado mental inofensivo y cualquier titubeo le puede costar la vida, no se le podrá exigir que asuma el grave riesgo de dejarse quitar la propia vida. Si el que se siente amenazado empuña la navaja o el revólver, sólo hay que apreciar una exculpación según el § 35. La situación no puede variar (teóricamente [104]) en nada si posteriormente se demuestra que en realidad existía una agresión peligrosa, que habría otorgado a la víctima un derecho de defensa si la víctima no hubiera actuado sobre la base de una sospecha incierta para él mismo. Pero en su resultado 90

---

[101] Cuya persecución naturalmente no tendrá lugar por la ausencia de interés público y por las dificultades probatorias; cfr. al respecto además n. 104.

[102] Cfr. tb. Jakobs, AT², 11/29; en otro sentido Warda, Lange-FS, 1976, 119 ss., quien sólo contempla una exculpación supralegal. Schroth, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 609 s., pretende apreciar un error de tipo permisivo "cuando las acciones de ingerencia fueran necesarias desde la perspectiva del sujeto y estuviera salvaguardada la proporcionalidad de los intereses". Ello conduce a resultados similares a los de la concepción aquí defendida, con la diferencia de que, según mi concepción, se puede apreciar, en su caso, no sólo una justificación putativa, sino una justificación real conforme al § 34. Tampoco en el ejemplo de Schroth de la agresión con un arma simulada existe en mi opinión una legítima defensa putativa, sino una verdadera situación de legítima defensa, en la que un disparo defensivo es "necesario" (cfr. § 15, nm. 45).

[103] Ejemplo de Warda, Lange-FS, 1976, 126.

[104] En la práctica, en tales casos los tribunales llegarán a la admisión de una legítima defensa por razones de prueba, puesto que no se podrá refutar la alegación de que el agredido no ha considerado seriamente el carácter inofensivo del agresor.

tal exculpación equivale en este caso a una justificación, dado que el agresor antijurídico no puede reivindicar un derecho de defensa legítima.

5. Los elementos subjetivos de justificación

91 La cuestión de los elementos subjetivos de justificación supone en lo esencial una inversión de la situación del error de tipo permisivo. El sujeto que actúa en error de tipo permisivo se representa una situación justificante que en realidad no se da. En la constelación que aquí se examina se da objetivamente una situación justificante (p.ej. una agresión antijurídica actual) que sin embargo el sujeto no conoce o que al menos no le motiva a su realización del tipo. Los casos demostrativos se toman la mayoría de las veces del derecho de legítima defensa, pero pueden producirse en todas las causas de justificación.

Ejemplo 1 [105]: Una esposa enojada derriba a golpes a altas horas de la noche a un ladrón armado que estaba abriendo la puerta de la casa, creyendo erróneamente tener ante sí a su marido de vuelta otra vez de una juerga.

Ejemplo 2 [106]: El ciclista C se acerca por detrás a la señora S, con la intención de arrebatarle el bolso al pasar a su lado. Poco antes de alcanzarla, el paseante P, encolerizado por un motivo fútil, le da un empujón. C se cae, se lesiona en una pierna, ve dañada su bicicleta y ya no puede realizar su plan. P ha previsto y querido las dos consecuencias dañosas.

Ejemplo 3: A perturba o interrumpe el servicio de culto religioso (§ 167) y hace que los asistentes abandonen la iglesia al dar fuertes gritos de que se ha declarado un gran incendio en el lugar. A había recibido esa información en la calle, pero la había tomado erróneamente por una gamberrada en la que pretendía tomar parte.

92 Los casos describen una situación de legítima defensa (ej. 1), de legítima defensa de terceros (ej. 2) y de estado de necesidad (ej. 3), de la que sin embargo el sujeto no sabe nada. Plantean al enjuiciamiento jurídico tres problemas: ¿depende en alguna medida la justificación de elementos subjetivos? (a continuación apartado a). Si así es: ¿qué presupuestos o requisitos materiales hay que exigir de los elementos subjetivos de justificación? (apartado b). ¿Qué efectos tiene, si se exigen elementos subjetivos de justificación, su falta: la pena del delito consumado o la de la tentativa? (apartado c). Se tratarán aquí los aspectos generales de los elementos subjetivos de justificación, mientras que se volverá a las eventuales peculiaridades de las concretas causas de justificación en conexión con cada una de éstas.

a) La necesidad de elementos subjetivos de justificación

93 Una concepción anteriormente ampliamente difundida [107], pero hoy defendida casi sólo ya por Spendel [108], se fija exclusivamente en si la actuación del

[105] LK[11]-Spendel, § 32, nm. 140.
[106] Herzberg, JA 1986, 190.
[107] Referencias en LK[11]-Spendel, § 32, nm. 138, n. 275.
[108] Spendel, DRiZ 1978, 327, idem, Bockelmann-FS, 1979, 245; idem, LK[11], § 32, nm. 138 ss.; idem, Oehler-FS, 1985, 197; siguiéndole Rohrer, JA 1986, 363 (en contra Herzberg, JA 1986, 541).

sujeto está objetivamente amparada por una situación de justificación. Renuncia por tanto a cualquier criterio subjetivo y llega en los tres ejemplos a la justificación. Esta solución es consecuente con una concepción puramente objetiva del injusto, y aún hoy acierta en que no existe legítima defensa contra el sujeto que objetivamente se mantiene dentro del marco de una causa de justificación, pues el mismo produce una situación conforme a Derecho y que por ello no puede ser impedida. Pero, en la medida en que la tentativa inidónea es punible (§§ 22 y 23 III) [109], la citada solución no es ya sostenible como mínimo desde el momento en que pretende justificar totalmente el hecho del sujeto [110]. Pues es evidente que quien actúa ha tenido dolo de cometer un delito y lo ha traducido —según su representación— en acciones ejecutivas. Es discutible si las mismas están consumadas o sólo intentadas (cfr. nm. 101 ss.). Pero en cualquier caso no puede ser conforme a Derecho una conducta que, sobre la base de la representación del sujeto, constituye la realización de un delito. Desde el punto de vista de la concepción del injusto hoy dominante y aquí también defendida (cfr. § 10, nm. 88 ss.), una conducta sólo puede ser además conforme a Derecho si desaparecen tanto el desvalor de la acción como el del resultado; y aquí sin embargo subsiste al menos el desvalor de la acción en toda su extensión.

b) Los presupuestos materiales de los elementos subjetivos de justificación

Según la opinión aquí defendida [111], ya dominante [112], para la justificación 94
es en principio suficiente que el sujeto actúe objetivamente en el marco de lo justificado y subjetivamente con conocimiento de la situación justificante. En tal caso tiene dolo de hacer algo objetivamente conforme a Derecho. La conciencia de producir algo conforme a Derecho elimina ya el desvalor de la acción y por tanto el injusto. No es necesario que el sujeto obre además en virtud de la finalidad de justificación. Quien derriba a golpes al agresor de una forma que se corresponde con el § 32 está por tanto justificado, aun cuando no le haya motivado la finalidad de defensa, sino la ira; quien en legítima defensa de terceros correcta lesiona al agresor actúa justificadamente, aun cuando lo que le importe sea no la protección de la víctima, sino el castigo

---

[109] Aquí halla acertadamente tb. Frisch, Lackner-FS, 1987, 126 ss., el punto de vista decisivo.

[110] Discusión crítica con Spendel sobre todo en Prittwitz, Jura 1984, 74 (en contra Spendel, Oehler-FS, 1985, 197) y Herzberg, JA 1986, 190 (200 s.).

[111] Desarrollé ya esta concepción para el caso de la legítima defensa en ZStW 75 (1963), 541 ss. (562 ss.); expresamente de acuerdo ahora Frisch, Lackner-FS, 1987, 137.

[112] Bockelmann/Volk, AT[4], § 15 B I 2 e; Burgstaller, 1974, 175 s.; Frisch, Lackner-FS, 1987, 135 ss.; Gallas, Bockelmann-FS, 1979, 176, com. 56; Hruschka, StrafR[2], 437; Jakobs, AT[2], 11/20; Lackner 20, antes del § 32, nm. 6 (en otro sentido la 17.ª ed.); Loos, Oehler-FS, 1985, 235 s.; Otto, AT[4], 105 s.; Prittwitz, GA 1980, 384 ss.; Rudolphi, Maurach-FS, 1972, 57 s.; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 14; Schünemann, GA 1985, 371; Stratenwerth, AT[3], nm. 488 ss.; Zielinski, 1973, 233 ss., 252.

o corrección del agresor; y quien lleva a la víctima gravemente herida desde el lugar del accidente al hospital está amparado por el § 34, aun cuando no estuviera motivado por la finalidad salvadora, sino por la intención de eludir las pesquisas policiales [113].

95 Frente a ello, la jurispr., siguiendo al RG [114], exige la motivación del sujeto por la finalidad de justificación. Naturalmente, no se requiere que la misma sea el único motivo del sujeto. En BGHSt 3, 194, se dice que quien se defiende puede invocar legítima defensa aun "cuando su conducta esté codeterminada además por la ira hacia el agresor, siempre y cuando no desaparezca completamente a la vez la voluntad de defensa". BGHSt 5, 245 (247), reza: "El agredido ha de... actuar con voluntad de oponerse a la infracción del Derecho. Es inesencial el que a la vez persiga otras intenciones." Y BGH GA 1980, 67, corrobora: "La voluntad de defensa no se excluye por el hecho de que, junto a la finalidad de oponerse a la lesión del Derecho, desempeñen un papel móviles de otra clase (como el odio, la ira, la furia o la búsqueda de venganza), siempre y cuando no releguen por completo a un segundo plano la finalidad de defenderse de la agresión" [115]. Esta opinión es seguida por una parte considerable de la doctrina científica [116].

96 Hay que oponerse a la opinión de que para la justificación sea preciso algo más que la comprensión de los límites objetivos de la justificación y el conocimiento de la situación de justificación. En primer lugar, no tiene sentido exigir una voluntad, cuya "completa desaparición" no puede probarse prácticamente nunca; no es casualidad que todas las resoluciones citadas hayan llegado a la justificación, a pesar de existir otros motivos dominantes en el sujeto. Por otro lado, el castigar a quien produce dolosamente una situación conforme a Derecho sólo porque no hace lo permitido con la actitud interior "correcta" conduce a una pena, prohibida, por la actitud interna [117]. Además, en casos de legítima defensa de terceros y de auxilio necesario, a menudo se exige por el § 323 c una actuación salvadora [118]. La actuación exigida no puede ser punible porque esté guiada por una motivación ajena al salvamento; pues, si no, el sujeto resultaría penalmente responsable a la vez por hacer y por omitir.

---

[113] Cfr. acerca del último caso Sch/Sch/Lenckner[24], § 34, nm. 48.

[114] RG GA 45 (1897), 272; RGSt 54, 196 (199); 56, 259 (268); 60, 261 (262).

[115] Cfr. además BGH MDR (D) 1969, 16; MDR (D) 1972, 16; MDR (H) 1979, 634; NStZ 1983, 117.

[116] Sobre todo Dreher/Tröndle[46], § 32, nm. 14; LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 53 ss.; Jescheck, AT[4], § 31 IV 1, 2; no muy claramente Schmidhäuser, StuB AT[2], 6/21 ss.; Blei, AT[18], § 36 III. Diferenciando Maurach/Zipf, AT/1[8], 25/24 ss. Acerca del estado de la polémica en el Derecho austriaco Triffterer, Oehler-FS, 1985, 209 ss.

[117] Cfr. Roxin, ZStW 75 (1963), 563.

[118] Al respecto Loos, Oehler-FS, 1985, 231 s.

En cambio no es contundente la apelación al tenor literal opuesto a esta 97
concepción sobre todo de los §§ 32 y 34. Cuando el § 32 exige una defensa "que sea necesaria para repeler... una agresión antijurídica actual", con la "expresión para" se describe una "propiedad de la acción defensiva objetiva, pero no una intención de quien actúa" [119]. Ello es aún más claro en el § 904 BGB ("cuando la intervención... sea necesaria y el daño que amenaza... sea desproporcionadamente mayor"). Por otro lado el § 34 efectivamente posee una formulación de resonancias subjetivas, que parece atender a la motivación salvadora ("quien... comete un hecho, para evitar... el peligro"), y sin embargo no hay ningún motivo razonable para pronunciarse aquí de modo diferente a como se ha hecho en el § 32 o incluso en el paralelo § 904 BGB, de modo que debe adoptarse una interpretación teleológica más allá del tenor literal [120]: quien dolosamente salvaguarda intereses sensiblemente preponderantes con medios adecuados actúa de manera jurídicamente intachable, sean cuales sean sus ulteriores finalidades y motivaciones. Puesto que se trata de una ampliación de la justificación, el principio *nullum crimen* no supone un obstáculo a tal interpretación.

Tampoco resulta correcto explicar la necesidad de una finalidad de justifi- 98
cación mediante "el momento final de la causa de justificación" [121] o señalando que, para una concepción personal del injusto, "el propósito del sujeto debe coincidir con la intención de la norma permisiva", porque sólo bajo este presupuesto se "anularía el desvalor de acción del hecho" [122]. Pero finalidad es dolo y no una motivación que vaya más allá de él [123], y, si el desvalor de la acción sólo presupone el dolo, no se comprende por qué, para su anulación, se ha de exigir más que un dolo que abarque las circunstancias justificantes.

A medio camino entre la opinión aquí defendida de que basta la actuación 99
con conocimiento de la causa de justificación (nm. 94) y la posición contraria, que exige una intención de justificación (nm. 95), se halla la concepción de Alwart [124]. Según ella el sujeto ha de actuar **porque** se da una situación justificante, pero no por motivo de la justificación. Por tanto, si alguien derriba a golpes al agresor en legítima defensa objetivamente adecuada sólo porque éste ha maltratado antes a su prometida [125], debe castigársele, porque no ha golpeado debido a la agresión subsistente, sino por otras razones. En cambio,

---

[119] Loos, Oehler-FS, 1985, 236, invocando a Waider, 1970, 93 s.; en Waider se documenta de forma completa tb. por lo demás la doctrina y jurispr. antiguas.

[120] Como aquí: Jakobs, AT², 11/20; n. 30; Loos, Oehler-FS, 1985, 236; Frisch, Lackner-FS, 1987, 116 ss.

[121] LK¹⁰-Hirsch, antes del § 32, nm. 56.

[122] Jescheck, AT⁴, § 31 IV 1.

[123] Loos, Oehler-FS, 1985, 232, n. 30.

[124] Alwart, GA 1983, 433; así, en su punto de partida, ya Geilen, Jura 1981, 310 s.; desarrollando la concepción de Alwart, Steinbach, 1987.

[125] Así BGH MDR (D) 1969, 16; Alwart, GA 1983, 435, 448.

debe tener lugar la justificación cuando el golpe es una reacción a la agresión subsistente, aunque la motivación sea la de infligir daños al agresor. Pero tales diferenciaciones sutiles no son reconstruibles en el ámbito forense. Además Alwart borra la diferencia decisiva, que consiste en si una lesión infligida por indignación se inflige con conciencia de una situación justificante o no [126]. En el primer caso, sólo una actitud interna del sujeto podría servir de fundamento al castigo, mientras que en el segundo existe un sólido desvalor de la acción. La consideración de Alwart de que no parece excluido que el sujeto, faltando el "motivo por el cual", se "hubiera vuelto contra el agresor aun cuando éste hubiera renunciado a ulteriores agresiones tras lesionar a la mujer" [127], no puede fundamentar punibilidad alguna, pues se basa en una pura conjetura y atañe a otro caso.

100 Una excepción sólo aparente al principio de que el elemento subjetivo de justificación presupone sólo el dolo de justificación, es decir, la actuación con conocimiento de la situación justificante, y no ulteriores opiniones y finalidades la constituyen las llamadas por Lampe [128] causas de justificación mutiladas de dos actos, entre las cuales el ejemplo paradigmático lo ofrece el § 127 StPO. Cuando alguien detiene a otro dándose los requisitos del § 127 StPO, sólo está de hecho justificado cuando lo hace para conducirle para su procesamiento penal. Sin embargo esto se basa en que ya objetivamente el desvalor del resultado de las detenciones ilegales existentes en la detención sólo se elimina desde el momento en que sea el paso previo a ponerle bajo custodia oficial. Y el sujeto debe haberse representado esto. El mismo está justificado, aun cuando no haya procedido a la detención en interés de la persecución penal, sino p.ej. sólo para deshacerse de un adversario [129].

c) La apreciación de una tentativa cuando falta el elemento subjetivo de justificación

101 Si al sujeto le falta el elemento subjetivo de justificación (es decir, según la concepción aquí defendida: si actúa objetivamente de forma correcta, pero desconociendo la situación de justificación), entonces existe una tentativa (inidónea). El sujeto no responde por tanto penalmente en tanto no esté castigada la tentativa, de modo que en nuestros ejemplos de partida (nm. 91) procede ampliamente la impunidad (prescindiendo de los daños del ej. 2 del nm. 91). Existe una mera tentativa porque el resultado de injusto objetivamente no se ha producido y el desvalor de la acción por sí solo únicamente puede funda-

---

[126] Cfr. tb. Frisch, Lackner-FS, 1987, 137 s.

[127] Alwart, GA 1983, 448.

[128] Lampe, GA 1987, 7; ya Leckner había aludido a la constelación desde la 18.ª ed. del Sch/Sch (cfr. ahora Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 16).

[129] Similar Frisch, Lackner-FS, 1987, 145 ss.; Loos, Oehler-FS, 1985, 237 ss.; Jakobs, AT[2], 11/21.

mentar una tentativa. Se trata aquí de una aplicación directa y no sólo analógica de las reglas de la tentativa [130].

Frente a lo anterior, una concepción que va perdiendo influencia [131] aprecia **102** un delito consumado. Se alega como argumento principal el de que con una mera punición por tentativa "se abandona el suelo de la realidad. Pues se ha producido el resultado típico" [132]. A ello hay que oponer [133] que lo que fundamenta el desvalor del resultado no es el resultado típico, sino el resultado de injusto; y sin embargo eso es lo que falta aquí. Tampoco se puede admitir que la solución de la tentativa conduzca a lagunas de punibilidad. Pues cuando el legislador renuncia a la punición de la tentativa, el dolo malo en una conducta objetivamente adecuada no es más merecedor de pena que cuando falta el resultado típico. Además, sólo apreciando una tentativa inidónea se puede explicar [134] el que no sea posible defenderse frente al hecho de quien actúa objetivamente en el marco de la justificación (nm. 93); pues contra una tentativa inidónea no cabe legítima defensa (más detenidamente § 15, nm. 9). Por el contrario, la consumación de un delito debería poder ser impedida mediante legítima defensa.

Cosa distinta sucede sin embargo en las causas de justificación mutiladas **103** de dos actos (nm. 100) [135]. Quien detiene a alguien dándose los requisitos del § 127 StPO, sin pretender conducirle para su procesamiento penal, responde penalmente por detenciones ilegales consumadas (§ 239). Pero nuevamente ello no constituye una excepción, sino que se deriva de que ya objetivamente sólo falta el desvalor del resultado cuando la detención particular aparece como paso previo a la custodia oficial.

---

[130] Roxin, 1959 ([2]1970), 160 s. [= Teoría del tipo penal, 1979, 252 ss.; N. del T.]; en este sentido tb. Frisch, Lackner-FS, 1987, 138 ss.; Herzberg, JA 1986, 191 ss.; Hruschka, GA 1980, 16 s.; Nowakowski, ÖJZ 1977, 578; Prittwitz, Jura 1984, 76; Rudolphi, Maurach-FS, 1972, 58; Schünemann, GA 1985, 373; SK[5]-Samson, antes del § 32, nm. 42. A favor de la analogía p.ej. Jescheck, AT[4], § 31 IV 2; Maurach/Zipf, AT/1[8], 25/34; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 15; Stratenwerth, AT[3], nm. 494; Wessels, AT[23], § 8 I 2. Poco claros, pero tb. a favor de la tentativa, Jakobs, AT[2], 11/23; Blei, AT[18], § 36 III 2. En la jurispr., a favor de la tentativa: KG GA 1975, 213 (215).

[131] BGHSt 2, 111 (114 s.), para un caso de estado de necesidad; Alwart, GA 1983, 454 s.; Dreher/Tröndle[46], § 32, nm. 14; LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 59; Paeffgen, 1979, 156; Schmidhäuser, StuB AT[2], 6/24; Zielinski, 1973, 259 ss.; en gran parte tb. Gallas, Bockelmann-FS, 1979, 172 ss.

[132] LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 61.

[133] Con especial contundencia contra la solución de la consumación Herzberg, JA 1986, 193 s.; Frisch, Lackner-FS, 1987, 138 ss.

[134] Cfr. Jakobs, AT[2], 11/22.

[135] Lampe, GA 1978, 10; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 16 a; Schünemann, GA 1985, 374; Stratenwerth, AT[3], nm. 495; Wolter, 1981, 158.

IX. Los efectos de las causas de justificación

104 Una acción que esté amparada por una causa de justificación es en todo caso conforme a Derecho. Por ello, nunca cabe legítima defensa, que presupone una agresión antijurídica, contra una causa de justificación.

Günther [136] pretende hacer una excepción con las que denomina genuinas causas de exclusión del injusto penal, que no excluyen la "antijuridicidad" de la agresión en el sentido del § 32 II, puesto que las mismas "sólo contradicen el indicio de injusto penal contenido en el tipo penal", pero pese a ello pueden ser antijurídicas "en el sentido de la totalidad del ordenamiento jurídico". Por eso habrá que examinar independientemente en cada caso "si la agresión del sujeto estaba jurídicamente aprobada o si sólo le falta un contenido de injusto merecedor de pena", y en el último caso se tratará según él de una agresión antijurídica susceptible de legítima defensa. Pero esta posición no se puede aceptar, puesto que no se pueden admitir tales causas de exclusión del injusto penal (nm. 2). Para la justificación basta con la tolerancia legal de una conducta por el Derecho penal. Y en los raros casos en que una conducta justificada jurídicopenalmente infrinja normas de otro campo del Derecho, bastarán las sanciones de éste (p.ej. sanción disciplinaria, compensación patrimonial) para reparar la infracción. Para ello no es precisa una legítima defensa, que en realidad convertiría la "causa de exclusión del injusto penal" en una "causa de exculpación". Es cierto que existen —cfr. nm. 106— casos en los que no se tiene por qué soportar una conducta conforme a Derecho, sino que cabe protegerse frente a ella; pero en esos casos se trata de problemas de estado de necesidad (§ 34), y no de constelaciones de legítima defensa.

105 Aparte de esto, las causas de justificación conceden también derechos de intromisión; es decir, que el afectado no sólo ha de renunciar a una legítima defensa contra la actuación del legitimado, sino que también tiene que soportarla de modo general —con la excepción expuesta en nm. 106—, sin poder invocar otras causas de justificación para efectuar una defensa lesiva de bienes jurídicos. Por tanto, quien p.ej. se ve en peligro por una acción de legítima defensa, ciertamente no tiene que ofrecer su cabeza, sino que puede sustraerse a la "defensa agresiva" del sujeto al que ha agredido; pero lo que no puede es invocar, en vez de la legítima defensa que tiene totalmente vedada, el estado de necesidad justificante (§ 34) en el caso de que, para evitar graves daños a su propia persona, lesione físicamente en "defensa contra la defensa" a la persona inicialmente agredida por él; por el contrario, en tal caso se le deberá castigar por lesiones dolosas.

106 No obstante, en algunos casos habrá que admitir una excepción —aunque se dará raras veces en la práctica— en causas de justificación que atienden a circunstancias inciertas o futuras, cuando alguien posea un conocimiento especial sobre la verdadera situación de hecho que prive de su fundamento a la actuación justificada. "Quien por casualidad sepa que los síntomas de una grave enfermedad en una persona que se ha desvanecido son sólo simulados, podrá impedir con moderada energía que se avise al servicio de urgencias, sin incurrir por ello en responsabilidad penal por coacciones" [137]. Nada se opone

[136] Günther, 1983, 380-385 (383 s.).
[137] Jakobs, AT², 11/13.

a una justificación de la acción de impedir que se mantenga dentro del marco del § 34 —lo que aquí significa: dentro de límites muy estrictos, que no permiten lesionar al salvador putativo—, porque el estado de necesidad no presupone una agresión antijurídica, sino un peligro que no se pueda contrarrestar de otro modo. Situaciones similares pueden producirse p.ej. en el consentimiento presunto, si por casualidad llega alguien que conoce la verdadera voluntad contraria del titular del bien jurídico. Lo infrecuente de tales posibilidades de defensa no se debe sólo a que por regla general no estarán presentes personas con dicho conocimiento especial, sino sobre todo a que el sujeto que conoce mejor la situación naturalmente lo primero que tendrá que hacer es aclararle la situación fáctica real a la persona dispuesta a ayudar, y tras ello en la mayoría de los casos no procederá ya la propia causa de justificación. Por tanto sólo quedan algunos casos en los que ya no es posible una aclaración en una situación de necesidad putativa que se está agudizando o en que la explicación no resultaría creíble.

Sin embargo, incluso esa posibilidad sumamente limitada de impedir la **107** actuación de quien obra justificadamente desaparece allí donde el propio ordenamiento jurídico ya ha previsto posibilidades institucionalizadas de rectificación. La persona que sea detenida conforme a Derecho en virtud de una orden de arresto no se puede defender contra el mismo ni siquiera aunque sepa con certeza que es inocente; pues para revisar la base fáctica en que se apoya la privación de libertad ya están previstos el recurso de queja contra el arresto y el procedimiento de revisión del arresto (§§ 117 ss. StPO). La situación será distinta si el mejor conocimiento del afectado sólo se podría hacer valer —y con resultado dudoso— por la vía de la querella: así la víctima inocente de una difamación no a sabiendas (§ 186) puede defenderse contra su publicación dentro de los comedidos límites trazados por el § 34, incluso aunque la difamación esté amparada por la salvaguarda de intereses legítimos (§ 193) [138].

Similar concepción mantiene Lenckner [139], que en las causas de justificación por riesgo **108** permitido (p.ej. consentimiento presunto, salvaguarda de intereses legítimos) sólo reconoce una "simple facultad de actuación" en vez del derecho de intromisión que se concede en otros casos y admite en su caso contra la misma, coincidiendo con lo antes expuesto, una defensa conforme al § 34. Pero no lo admite respecto del estado de necesidad justificante —cfr. el caso del simulador, nm. 106— debido a que mantiene un concepto distinto del peligro. Sobre ello entraremos en más detalles en su momento.

Tampoco existe un derecho de intromisión cuando una conducta que ame- **109** naza provocar un desvalor del resultado es conforme a Derecho sólo porque no infringe el cuidado requerido en el tráfico. Así puede suceder si alguien, pese a observar la conducta ordenada en el tráfico, pone en peligro a otro, o

---

[138] Cfr. Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 12; § 34, nm. 31.
[139] Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 10-12.

si alguien supone erróneamente, pero de modo objetivamente invencible, que concurren los presupuestos materiales de una causa de justificación. La persona amenazada por tal conducta conforme a Derecho no tiene derecho a la legítima defensa, pero puede defenderse conforme al § 34 [140].

X. Exposición y estructuración de las diversas causas de justificación

110 Las causas de justificación son tan numerosas y proceden de campos del Derecho tan diversos que en una exposición de las teorías generales del Derecho penal es totalmente imposible tratarlas todas. Y además una discusión que pretendiera ser completa sería inadecuada: pues aunque sólo se quisiera explicar de modo completo las facultades coactivas en materia de ejecución forzosa y procesal penal, habría que escribir medio manual de esas ramas del Derecho, que en su sustancia material no pertenecen al Derecho penal, sino que sólo se introducen en este campo por sus efectos. Por eso a continuación se expondrán detalladamente en primera línea las causas de justificación tratadas en el propio StGB, que son las más difíciles y más importantes en la práctica (sobre todo la legítima defensa, § 32, y el estado de necesidad justificante, § 34), mientras que las causas de justificación procedentes de otros campos del Derecho se discutirán según su importancia sólo en una visión panorámica y de sus puntos centrales.

111 Una división de las causas de justificación que sirva, no para la sistematización (sobre ello nm. 37 ss.), sino para la estructuración de la materia y para una exposición ordenada de la misma, se puede efectuar desde diversos puntos de vista. Aquí se prefiere un orden secuencial que comienza con los derechos de necesidad —o sea la legítima defensa (§ 15) y el estado de necesidad y casos emparentados con él (§ 16)—, sigue con una exposición sintética del ejercicio del cargo y las facultades coactivas (incluyendo las privadas), así como de la autorización oficial (§ 17), y que por último reúne en un grupo adicional las causas de justificación por riesgo permitido (consentimiento presunto y salvaguarda de intereses legítimos) (§ 18).

[140] Sobre ese estado de necesidad defensivo cfr. para más detalles Roxin, Jescheck-FS, 1985, 457; además idem, ZStW 93 (1981), 84 s. [= CPC 1982, 309 s.; N. del T.], con ulteriores referencias.

§ 15. La legítima defensa

Bibliografía: Geyer, Begriff und allgemeiner Tatbestand des Verbrechens, en: v. Holtzendorff, Handbuch des Deutschen Strafrechts, t. 4, 1877, 87; Baumgarten, Notstand und Notwehr, 1911; Oetker, Hilfeleistung in Staatsnotwehr und Staatsnotstand, GerS 97 (1928), 411; Oetker, Notwehr und Notstand, Frank-FS, 1930, t. I, 359; Schaffstein, Die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des Gemeinen Strafrechts, 1930 (reimpr. 1973); Schmitt-Lermann, Die Lehre von der Notwehr in der Wissenschaft des Gemeinen Strafrechts, 1935; Schaffstein, Notwehr und Güterabwägungsprinzip, MDR 1952, 132; Blei, Probleme des polizeilichen Waffengebrauchs, JZ 1955, 625; Echterhölter, Die Europäische Menschenrechtskonvention in der juristischen Praxis, JZ 1956, 142; Sax, Zur Frage der Notwehr bei Widerstandsleistungen gegen Akte sowjetzonaler Strafjustiz, JZ 1959, 385; R. Schmidt, Der rechtswidrige Angriff bei der Notwehr, NJW 1960, 1706; Baumann, Notwehr im Straßenverkehr?, NJW 1961, 1745; Lenckner, Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff, GA 1961, 299; Baumann, Rechtsmißbrauch bei Notwehr, MDR 1962, 349; Erdsiek, Notwehr bei Eingriff in die Intimsphäre, NJW 1962, 2240; Gutmann, Die Berufung auf das Notwehrrecht als Rechtsmißbrauch?, NJW 1962, 286; R. Schmitt, Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten, JuS 1963, 64; Roxin, Die provozierte Notwehrlage, ZStW 75 (1963), 541; Gribbohm, Zumutbarkeitserwägungen im Notwehrrecht, SchlHA 1964, 155; Haug, Notwehr gegen Erpressung, MDR 1964, 548; Arzt, Notwehr gegen Erpressung, MDR 1965, 344; Baumann, § 53 StGB als Mittel der Selbstjustiz gegen Erpressung?, MDR 1965, 346; Himmelreich, Erforderlichkeit der Abwehrhandlung, Gebotensein der Notwehrhandlung, Provokation und Rechtsmißbrauch, Notwehrexzeß, GA 1966, 129; Partsch, Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention, en: Bettermann/Neumann/Nipperdey, Die Grundrechte, t. I, 1, 1966, 235; R. Schmitt, Tonbänder im Strafprozeß, JuS 1967, 19; Stöckel, Ungeklärte Notwehrprobleme bei Widerstand gegen die Staatsgewalt (§ 113 StGB), JR 1967, 281; Busse, Nötigung im Straßenverkehr, 1968; Kratzsch, Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht, 1968; Lenckner, "Gebotensein" und "Enforderlichkeit" der Notwehr, GA 1968, 1; Bockelmann, Menschenrechtskonvention und Notwehrrecht, Engisch-FS, 1969, 456; Rudolphi, Notwehrexzeß nach provoziertem Angriff, JuS 1969, 461; Bockelmann, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, Honig-FS, 1970, 19; Krüger, Die Bedeutung der Menschenrechtskonvention für das deutsche Notwehrrecht, NJW 1970, 1483; Schmidhäuser, Über die Wertstruktur der Notwehr, Honig-FS, 1970, 185; Widmaier, Die Teilbarkeit der Unrechtsbewertung, JuS 1970, 611; Himmelreich, Notwehr und unbewußte Fahrlässigkeit, 1971; Kratzsch, § 53 StGB und der Grundsatz nullum crimen sine lege, GA 1971, 65; Roxin, Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems, ZStW 83 (1971), 369; Bertel, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, ZStW 84 (1972), 1; Schroeder, Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen, Maurach-FS, 1972, 127; Dubs, Notwehr, Bermerkungen zu StrGB Art. 33 anhand von sieben Fällen, SchwZStr 89 (1973), 337; Krey/Meyer, Zum Verhalten von Staatsanwaltschaft und Polizei bei Delikten mit Geiselnahme, ZRP 1973, 1; Rupprecht, Die tödliche Abwehr des Angriffs auf menschliches Leben, JZ 1973, 263; Schröder, Notwehr bei schuldhaftem Vorverhalten, JuS 1973, 157; Suppert, Studien zur Notwehr und "notwehrähnlichen Lage", 1973; Kinnen, Notwehr und Nothilfe als Grundlage hoheitlicher Gewaltanwendung, MDR 1974, 631; Kratzsch, Verfassungsbeschwerde gegen fehlerhafte Anwendung des § 53 StGB, NJW 1974, 1546; Schroeder, Zur Strafbarkeit der Fluchthilfe - unter besonderer Berücksichtigung der Notwehrprobleme, JZ 1974, 113; Schwabe, Grenzen des Notwehrrechts, NJW 1974, 670; Schwabe, Die Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts, JZ 1974, 634; Arzt, Notwehr, Selbsthilfe, Bürgerwehr - zum Vorrang der Verteidigung der Rechtsordnung durch den Staat, Schaffstein-FS, 1975, 77; Kratzsch, Das (Rechts-)Gebot zu sozialer Rücksichtnahme als Grenze des strafrechtlichen Notwehrrechts, JuS 1975, 435; Geilen, Eingeschränkte Notwehr unter Ehegatten?, JR 1976, 314; Lange, Der "gezielte Todesschuß", JZ 1976, 546; Ame-

lung, Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates?, NJW 1977, 833; Bockelmann, Notrechtsbefugnisse der Polizei, Dreher-FS, 1977, 235; Hirsch, Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, Dreher-FS, 1977, 211; Hoffmann-Riem, Übergang der Polizeigewalt auf Private?, ZRP 1977, 277; Hruschka, Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, Dreher-FS, 1977, 189; Kirchhof, Notwehr und Nothilfe des Polizeibeamten aus öffentlich-rechtlicher Sicht, en: Merten, Aktuelle Probleme des Polizeirechts, 1977, 67; Klose, Notrecht des Staates aus staatlicher Rechtsnot, ZStW 89 (1977), 61; W. Lange, Der neue Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes etc., MDR 1977, 10; Lerche, Der gezielt tödlich wirkende Schuß nach künftigem einheitlichem Polizeirecht. Zum Verhältnis hoheitlicher Eingriffsbefugnisse zu den allgemeinen Notrechten, v. d. Heydte-FS, t. II, 1977, 1033; Otto, Rechtsverteidigung und Rechtsmißbrauch im Strafrecht, Würtenberger-FS, 1977, 129; Schmidhäuser, Notwehr und Nothilfe des Polizeibeamten aus strafrechtlicher Sicht, en: Merten, Aktuelle Probleme des Polizeirechts, 1977, 53; Schwabe, Zur Geltung von Rechtfertigungsgründen des StGB für Hoheitshandeln, NJW 1977, 1902; Seelmann, Grenzen privater Nothilfe, ZStW 89 (1977), 36; Amelung, Nochmals: § 34 StGB als öffentlich-rechtliche Eingriffsnorm?, NJW 1978, 623; Courakis, Zur sozialethischen Begründung der Notwehr. Die sozialethischen Schranken des Notwehrrechts nach deutschem und griechischem Recht, 1978; Haas, Notwehr und Nothilfe, 1978; Kirchhof, Polizeiliche Eingriffsbefugnisse und private Nothilfe, NJW 1978, 969; Krause, Zur Problematik der Notwehr, Bruns-FS, 1978, 71; Paeffgen, Fotografieren von Demonstranten durch die Polizei und Rechtfertigungsirrtum, JZ 1978, 738; Schaffstein, Die strafrechtlichen Notrechte des Staates, Schröder-GS, 1978, 97; Schroeder, Notwehr bei Flucht aus der DDR, NJW 1978, 2577; Schwabe, Zum Status privater Sicherheitskräfte, ZRP 1978, 165; Spendel, Der Gegensatz rechtlicher und sittlicher Wertung am Beispiel der Notwehr, DRiZ 1978, 327; Sydow, § 34 StGB - kein neues Ermächtigungsgesetz!, JuS 1978, 222; Felber, Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen. Zugleich ein Beitrag zur ratio des Notwehrrechts, 1979; Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Bockelmann-FS, 1979, 176; Gössel, Über die Rechmäßigkeit befugnisloser strafprozessualer rechtsgutsbeeinträchtigender Maßnahmen, JuS 1979, 162; W. Hassemer, Die provozierte Provokation oder über die Zukunft des Notwehrrechts, Bockelmann-FS, 1979, 225; Krause, Zur Einschränkung der Notwehrbefugnis, GA 1979, 329; Krey, Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern, JZ 1979, 702; Marxen, Die "sozialethischen" Grenzen der Notwehr, 1979; Schumann, Zum Notwehrrecht und seinen Schranken, JuS 1979, 559; Schünemann, Der praktische Fall - Strafrecht; Liebhaber und Teilhaber, JuS 1979, 275; Schwabe, Die Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts, Polizei aktuell, t. 29, 1979; Spendel, Gegen den "Verteidigungswillen" als Notwehrerfordernis, Bockelmann-FS, 1979, 245; R. Hassemer, Ungewollte, über das erforderliche Maß hinausgehende Auswirkungen einer Notwehrhandlung, JuS 1980, 412; Marxen, Die Grenzen der Notwehr bei Auseinandersetzungen in der Ehe, en: Lüderssen/Sack, Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, t. I, 1980, 63; Prittwitz, Zum Verteidigungswillen bei der Notwehr, GA 1980, 381; Zenz, Notwehr unter Ehegatten - psychodynamische Aspekte, en: Lüderssen/Sack, Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, t. I, 1980, 77; Constadinidis, Die "Actio illicita in causa", tes. doct. Würzburg, 1981; Fuchs, Probleme der Notwehr, en: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, Heft 8, 1981, 1; Geilen, Notwehr und Notwehrexzeß, Jura 1981, 200, 256, 308, 370; Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; Klug, Konfliktlösungsvorschläge bei heimlichen Tonbandaufnahmen zur Abwehr krimineller Telefonanrufe, Sarstedt-FS, 1981, 101; Roxin, Die "sozialethischen Einschränkungen" des Notwehrrechts, ZStW 93 (1981), 68; Schöneborn, Zum Leitgedanken der Rechtfertigungseinschränkung bei Notwehrprovokation, NStZ 1981, 201; Amelung, Das Problem der heimlichen Notwehr gegen die erpresserische Androhung kompromittierender Enthüllungen, GA 1982, 381; Engels, Der partielle Ausschluß der Notwehr bei tätlichen Auseinandersetzungen zwischen Ehegatten, GA 1982, 109; Stamatis, Die Notwehr nach deutschem und griechischem Strafrecht, tes. doct. Köln, 1982; Dencker, Recens. de Engels, Der partielle Ausschluß der Notwehr bei tätlichen Auseinandersetzungen zwischen Ehegatten (GA 1982, 109), NStZ 1983, 398; Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; Haberstroh, Notwehr gegen unbefugte Bildaufnahmen - Angst als Rechtfertigungsgrund?, JR 1983, 314; Kunz, Die organisierte Nothilfe - Möglichkeiten und Grenzen der Inanspruchnahme von Notrechten durch gewerb-

liche Sicherheitsunternehmen und "Bürgerwehren", ZStW 95 (1983), 973; Montenbruck, Thesen zur Notwehr, 1983; Seebode, Polizeiliche Notwehr und Einheit der Rechtsordnung, Klug-FS, 1983, 359; Berz, An der Grenze von Notwehr und Notwehrprovokation, JuS 1984, 340; Bitzilekis, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts unter besonderer Berücksichtigung der Notwehrprovokation, 1984; Born, Die Rechtfertigung der Abwehr vorgetäuschter Angriffe, 1984; Kunz, Die automatisierte Gegenwehr. Zur Zulässigkeit der Offensivverteidigung mit selbsttätigen Schutzvorrichtungen, GA 1984, 539; Prittwitz, Der Verteidigungswille als subjektives Merkmal der Notwehr, Jura 1984, 74; Schlör, Untersuchungen zur Rechtfertigung ungewollter Auswirkungen einer Notwehrhandlung, tes. doct. Heildelberg, 1984; Schroth, Notwehr bei Auseinandersetzungen in engen persönlichen Beziehungen, NJW 1984, 2562; Spendel, Keine Notwehreinschränkung unter Ehegatten, JZ 1984, 507; Wagner, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, 1984; Bernsmann, Zum Handeln von Hoheitsträgern aus der Sicht des "entschuldigenden Notstands", Blau-FS, 1985, 23; Frister, Zur Einschränkung des Notwehrrechts durch Art. 2 EMRK, GA 1985, 553; Loos, Zur Einschränkung der Notwehr in Garantenbeziehungen, JuS 1985, 859; Maatz, Zur materiell- und verfahrensrechtlichen Beurteilung verbotenen Waffenbesitzes in Notwehrfällen, MDR 1985, 881; Neumann, Zurechnung und "Vorverschulden", 1985; Neumann, Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung, GA 1985, 389; Roxin, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, Jescheck-FS, 1985, 457; Roxin, Von welchem Zeitpunkt an ist ein Angriff gegenwärtig und löst das Notwehrrecht aus?, Tjong-GS, 1985, 137; Schroeder, Neubestimmung des Notwehrrechts in der Sowjetunion, Oehler-FS, 1985, 581; Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre, GA 1985, 341; Spendel, Notwehr und "Verteidigungswille", objektiver Zweck und subjektive Absicht, Oehler-FS, 1985, 197; Amelung, Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, JuS 1986, 329; Krause, Notwehr bei Angriffen Schuldloser und bei Bagatellangriffen, H. Kaufmann-GS, 1986, 673; Mitsch, Nothilfe gegen provozierte Angriffe, GA 1986, 533; Frisch, Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements, Lackner-FS, 1987, 113; Kratzsch, Der "Angriff" - ein Schlüsselbegriff des Notwehrrechts, StrV 1987, 224; Seier, Umfang und Grenzen der Nothilfe im Strafrecht, NJW 1987, 2476; Bath, Notwehr und Notstand bei der Flucht aus der DDR, tes. doct. Berlin, 1988; Beulke, Die fehlgeschlagene Notwehr zur Sachwertverteidigung, Jura 1988, 641; Choi, Notwehr und "gesellschaftliche Sitten", 1988; Frister, Die Notwehr im System der Notrechte, GA 1988, 291; Hoyer, Das Rechtsinstitut der Notwehr, JuS 1988, 89; Perron, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im deutschen und spanischen Strafrecht, 1988; Faller, Notwehr: Grundlagen, Voraussetzungen und Grenzen eines Jedermannrechtes, Die Neue Ordnung 1989, 12; Mitsch, Tödliche Schüsse auf flüchtende Diebe, JA 1989, 79; Puppe, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Irrtümer bei der Ausübung der Notwehr und für deren Folgen, JZ 1989, 728; Rudolphi, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 371; v. Bressensdorf, Notwehr und notwehrähnliche Lage im Straßenverkehr, 1990; Kühl, "Sozialethische" Einschränkungen der Notwehr, Jura 1990, 244; Lewisch, Altes und Neues zur Notwehr, JBl 1990, 772; Neumann, Individuelle und überindividuelle Begründung des Notwehrrechts, en: Lüderssen y otros (eds.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, 1990, 215; Pitsounis, Die Notwehr als Gegenstand der Rechtsvergleichung, en: Lüderssen y otros (eds.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, 1990, 227; Seebode, Gesetzliche Notwehr und staatliches Gewaltmonopol, F.-W. Krause-FS, 1990, 375; Warda, Die Eignung der Verteidigung als Rechtfertigungselement bei der Notwehr, Jura 1990, 344, 393; Kiefner, Die Provokation bei Notwehr (§ 32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB), tes. doct. Gießen, 1991; Kühl, Die "Notwehrprovokation", Jura 1991, 57, 175; Lagodny, Notwehr gegen Unterlassen, GA 1991, 300; Ludwig, "Gegenwärtiger Angriff", "drohende" und "gegenwärtige Gefahr" im Notwehr- und Notstandsrecht, 1991; Schmidhäuser, Die Begründung der Notwehr, GA 1991, 97; Bernsmann, Überlegungen zur tödlichen Notwehr bei nicht lebenbedrohlichen Angriffen, ZStW 104 (1992), 290; Engels, Die Angriffsprovokation bei der Nothilfe, tes. doct. Würzburg, 1992; Koch, Prinzipientheorie der Notwehreinschränkungen, ZStW 104 (1992), 785; Mayr, Error in persona vel obiecto und aberratio ictus bei der Notwehr, 1992; Fletcher, Notwehr als Verbrechen. Der U-Bahn-Fall Goetz, 1993; Hinz, Die fahrlässig provozierte Notwehrlage unter bes. Berücksichtigung der BGH-Rspr., JR 1993, 353; Kühl, Angriff und Verteidigung bei der Notwehr, Jura 1993, 57,

118, 233; Kühl, Notwehr und Nothilfe, JuS 1993, 177; Matt, Eigenverantwortlichkeit und Subjektives Recht im Notwehrrecht, NStZ 1993, 271; H. E. Müller, Zur Notwehr bei Schweigegelderpressung (Chantage), NStZ 1993, 366; Heinrich, Notwehr bei Vorhaltungen im Straßenverkehr, JuS 1994, 17.

I. Los principios fundamentales del derecho de legítima defensa

1 El derecho a la legítima defensa actualmente vigente se basa en dos principios: la **protección individual** y el **prevalecimiento del Derecho.** Es decir: en primer lugar la justificación por legítima defensa presupone siempre que la acción típica sea necesaria para impedir o repeler una agresión antijurídica a un bien jurídico individual; la legítima defensa es para el "particular un derecho protector duro y enraizado en la convicción jurídica del pueblo" [1]. De ello se pueden derivar ya diversas consecuencias que son importantes para la interpretación del derecho de legítima defensa. Así no son susceptibles de legítima defensa los bienes jurídicos de la comunidad: pues la comunidad no es un "otro" en el sentido del § 32 II. De lo contrario cada ciudadano se erigiría en policía auxiliar y podría invalidar el monopolio de la violencia por parte del Estado. "Por ello por regla general el ciudadano no puede hacer frente con la **legítima defensa** a una perturbación del orden público..., en la medida en que no sean simultáneamente lesionados **sus** derechos" (BGHSt 5, 247). Por otra parte, el derecho a defender a terceros sólo se da en la medida en que el agredido quiera ser defendido; si no quiere, no precisa protección individual, por muy censurable que por lo demás pueda ser la conducta agresiva. "Si el lesionado no quiere impedir la agresión pese a que tanto jurídica como materialmente podría tomar esa decisión, tampoco tendrá un tercero derecho a imponer su auxilio y defender al otro" (BGHSt 5, 248). Por último, contra una tentativa inidónea, aunque sea punible, no cabe legítima defensa, pues la misma no pone en peligro ningún bien jurídico individual.

2 Ahora bien, el legislador, al permitir toda defensa necesaria para la protección del particular, persigue simultáneamente un fin de prevención general; pues considera deseable que el orden legal se afirme frente a agresiones a bienes jurídicos individuales aunque no estén presentes los órganos estatales que estarían en condiciones de realizar la defensa. "El derecho de legítima defensa", se dice en la fundamentación del P 1962 [1], cuyo § 37 ha pasado a incorporarse en lo sustancial al Derecho positivo, "también intimida eficazmente con carácter general frente a la posibilidad de realizar un injusto". Por eso en el § 32 II la ley permite en principio la acción lesiva de bienes jurídicos necesaria para una defensa activa incluso cuando huir o esquivar garantizarían exactamente igual o mejor la seguridad del agredido. Pues toda agresión re-

[1] Así la fundamentación del P 1962, BT-Drucks. IV/650, 157.

pelida en legítima defensa pone de manifiesto que no se vulnera sin riesgo el ordenamiento jurídico y estabiliza el orden jurídico. A esa intención preventivogeneral es a lo que se alude cuando se habla del "prevalecimiento del Derecho" o de la "afirmación del Derecho" como idea rectora del derecho de legítima defensa. También se debe al principio del prevalecimiento del Derecho el que se conceda la protección individual no sólo dentro del marco de la proporcionalidad, sino en principio con independencia de ello, de tal manera que el daño causado puede ser considerablemente mayor que el que se impide [2]: "Por último, las agresiones contra bienes jurídicos menos valiosos también constituyen simultáneamente agresiones contra el ordenamiento jurídico como tal, que el que actúa en legítima defensa co-defiende simultáneamente" [3]. Sin embargo, las necesidades preventivogenerales tienen una intensidad muy diversa según el tipo de agresión: se reducen muy considerablemente p.ej. ante agresiones no dolosas, o provocadas culpablemente, o insignificantes, y así se explica que en esos y en otros casos un amplio sector sí que exija esquivar o una defensa más considerada (cfr. para más detalles nm. 51 ss.). Por otra parte, donde esté totalmente excluido el elemento del prevalecimiento del Derecho, ya no cabe legítima defensa: frente a peligros que no se basen en un desvalor de acción humano (como pueden ser amenazas procedentes de modo incontrolable de supuestos de falta de acción o de acciones que no infrinjan el cuidado debido), no cabe defenderse mediante legítima defensa, sino sólo dentro de los límites del estado de necesidad justificante (§ 34).

Así pues, en toda justificación por legítima defensa deben operar conjunta- 3
mente los principios de protección individual y de prevalecimiento del Derecho, a cuyo efecto las diversas necesidades del prevalecimiento del Derecho influyen de modo distinto en la configuración de las facultades de protección. La concepción que se acaba de esbozar, que proporciona criterios claros para resolver los numerosos problemas interpretativos de la legítima defensa, coincide también en lo sustancial con la op. dom. No obstante, también hay posiciones particulares que intentan fundamentar unilateralmente la legítima defensa, o bien sólo en la idea del prevalecimiento del Derecho [4], o en el

---

[2] Esto lo discute Frister, GA 1988, 305, según el cual la renuncia a la proporcionalidad se debe explicar porque no hay por qué tener consideraciones con el agresor que actúa dolosa y culpablemente, puesto que el mismo tiene en sus manos la posibilidad de no proseguir su agresión. Pero esa interpretación pasa por alto la voluntad del legislador en un doble sentido: en primer lugar, las citas antes expuestas muestran claramente que la ley se basa en la intención preventivogeneral descrita, y en segundo lugar contradice el tenor literal del § 32 y la clara voluntad del legislador el considerar como agresión sólo la actuación dolosa y culpable (cfr. nm. 10, 16 ss.).

[3] BT-Drucks. IV/650, 157.

[4] Schmidhäuser, StuB AT^2, 6/51 ss.; idem, Honig-FS, 1970, 185 ss. Contra Schmidhäuser expresamente Hirsch, Dreher-FS, 1977, 218 ss.; Wagner, 1984, 13 ss. Contra Wagner, defendiendo y desarrollando su concepción Schmidhäuser, GA 1991, 97. Tb. defiende una concepción supraindividual de la legítima defensa Haas, 1978.

principio de la protección individual [5, 5a]; pero por las razones ya expuestas no se pueden compartir esas concepciones [6].

II. Evolución histórica del derecho de legítima defensa

4 La facultad relativamente amplia de actuar en legítima defensa existente en el Derecho vigente es el producto de una evolución todavía reciente [7]. La Carolina de 1532 sólo concede en su art. 140 un derecho a la legítima defensa contra agresiones con armas a la vida o integridad, y ello sólo si no había posibilidad de esquivar. La ciencia del Derecho penal común poco a poco fue extendiendo la legítima defensa a la defensa de otros bienes jurídicos, pero autorizándola sólo dentro del marco de la proporcionalidad. Sólo en la época de la Ilustración se impuso la admisibilidad de la legítima defensa frente a todas las agresiones antijurídicas. De acuerdo con esto, el Derecho General del Territorio Prusiano (1794) permitió la legítima defensa de cosas, que sin embargo por regla general no podía llegar hasta matar al agresor y que además sólo era admisible si no se podía lograr la ayuda de la autoridad. El StGB bávaro de 1813 mantuvo la subsidiariedad de la legítima defensa, pero no requería proporcionalidad entre el daño irrogado y el evitado.

5 Hasta el StGB prusiano de 1851, en su § 41, no se produce la ampliación del derecho de legítima defensa que luego pasó al § 53 del StGB de 1871 y casi con idéntico tenor al § 32 del Derecho vigente. De todos modos, la exposición de motivos del StGB prusiano admitía aún la existencia de amplios deberes de esquivar y de acudir a la ayuda de la autoridad [8]. Pero la jurispr. del RG los fue abandonando cada vez más, hasta que en la postguerra el Bundesgerichtshof y la doctrina científica le han dado a las "restricciones

---

[5] Wagner, 1984; Frister, GA 1988, 291 ss. Wagner fundamenta la renuncia a la proporcionalidad en la legítima defensa de modo individualista en la situación de emergencia del agredido; pero con ello pasa por alto que en el estado de necesidad defensivo (§ 228 BGB y casos similares) también existe una situación de emergencia y sin embargo se requiere proporcionalidad (cfr. Frister, GA 1988, 299 s.). Frister opina que la situación de los intereses del agresor no requiere proporcionalidad alguna; cfr. sobre ello n. 2. Tb. en contra del principio del prevalecimiento del Derecho Constadinidis, 1981, 98 ss.; Neumann, 1985, 165 ss.; idem, 1990, 215 ss.

[5a] Ofrece una muy buena exposición de la concepción "dualista" de la legítima defensa aquí mantenida, defendiéndola contra las teorías "monistas" que atienden sólo al prevalecimiento del Derecho o sólo a la protección individual, Kühl, JuS 1993, 177.

[6] Partiendo de bases totalmente distintas argumenta Montenbruck en su obra "Thesen zur Notwehr", 1983, distinguiendo entre un "ámbito nuclear del derecho de legítima defensa" (agresiones a la existencia de la persona) y un "campo periférico" (sobre todo el ámbito de la protección patrimonial) y derivando diferencias de ello.

[7] Para más detalles: Schaffstein, 1930 (reimpr. 1973), 68-80; Schmitt-Lermann, 1935; Schroeder, Maurach-FS, 1972, 127 ss.; Krey, JZ 1979, 702 ss.; Courakis, 1978, 25 ss., 52 ss.

[8] Cfr. Goltdammer, Die Materialien zum Straf-Gesetzbuch für die preußischen Staaten, 1.ª parte, 1851, 361 s., 419 s.

ético-sociales del derecho de legítima defensa" (cfr. nm. 51 ss.) una solución diferenciada, aunque también ampliamente polémica.

III. La agresión en la legítima defensa

6 **Una agresión es la amenaza de un bien jurídico por una conducta humana.** Ello suena a sencillo y obvio, pero es discutido en casi todos sus puntos. De la limitación de la agresión a la conducta **humana** se desprende en primer lugar que a los ataques de animales no se les puede hacer frente conforme al § 32, sino únicamente en la medida del § 228 BGB [9]. Antiguamente un amplio sector mantuvo la opinión de que también es posible la legítima defensa frente a los ataques de animales, y aún hoy la mantiene Spendel [10]. Pero su fallo estriba en que el principio del prevalecimiento del Derecho, constitutivo de la legítima defensa, no tiene cabida frente a los animales, y el § 228 BGB permite satisfacer plenamente las necesidades de defensa existentes, si se lo extiende por analogía a los ataques de animales sin dueño. En cuanto a la consecuencia, muchas veces criticada, de que frente a los animales sólo cabe defenderse dentro del marco de la proporcionalidad y en cambio frente a los hombres es posible sin esa limitación, se justifica por el interés en el prevalecimiento del Derecho, que existe frente a las violaciones del Derecho por parte de los hombres, pero que no se da frente a animales; las duras consecuencias de un derecho ilimitado de defensa frente a agresiones humanas sólo se pueden eliminar mediante restricciones a la legítima defensa en caso de disminución del interés en el prevalecimiento del Derecho, pero no extendiendo la regulación de la legítima defensa a los ataques de animales. Sin embargo, la situación es diferente cuando un hombre se sirve de un animal para una agresión, azuzando p.ej. a un perro contra otra persona; en tal caso el perro es sólo el instrumento del hombre agresor, y matarlo si es necesario para la defensa estará justificado por legítima defensa exactamente igual que la destrucción de otros medios agresivos.

7 Tampoco puede considerarse agresoras a las personas jurídicas [11] (contra una opinión muy extendida en Derecho civil), porque las mismas no pueden actuar en el sentido del Derecho penal (cfr. § 8, nm. 55 s.) y no son asequibles a la eficacia preventivogeneral y del prevalecimiento del Derecho. Por tanto no se puede actuar en legítima defensa frente a una asociación, una sociedad anónima o el Estado. Pero en cambio, por supuesto que sí existe derecho a la legítima defensa frente a los órganos humanos de la persona jurídica (p.ej. funcionarios o policías), cuando actúen antijurídicamente.

---

[9] Así tb. RGSt 34, 296; 36, 236.

[10] LK[11]-Spendel, § 32, nm. 38 ss.; en loc. cit., n. 86, se cita a los antiguos partidarios de esa concepción, entre los que tb. se contaban Mezger y Maurach.

[11] Expresamente al respecto LK[11]-Spendel, § 32, nm. 33 ss.

8 También falta una "agresión" cuando una persona sea puesta en peligro por no-acciones (supuestos de falta de acción) de otra [12]. No agrede quien golpea a su alrededor en un ataque convulsivo epiléptico o durante el sueño, quien rueda por la calle al caer sin sentido por estar ebrio, quien por desmayarse pierde el dominio de su vehículo, ni quien es arrojado por la ventana y en su caída pone en peligro a otros. Algunos autores lo discuten [13], pero sin razón: pues cuando el ser humano opera sólo como factor causal y no mediante una manifestación de la personalidad (cfr. § 8, nm. 58 ss.), o sea cuando de antemano es imposible una imputación personal, no se plantea siquiera el prevalecimiento del Derecho, exactamente igual que ante los peligros extrahumanos. Bien es verdad que la persona puesta en peligro por una no-acción no tiene por qué soportar la lesión que le amenaza, pero su defensa debe ajustarse a las reglas del estado de necesidad (§ 34). Quienes admiten legítima defensa en estos casos colocan al hombre en peor posición que las cosas, cuando realmente el hombre ha de ser tratado dentro del marco del § 34 con muchas más consideraciones que las cosas [14]. Asimismo el hecho de dar vueltas por el terreno propio impidiendo así inconscientemente la huida que le salvaría la vida a un herido grave, difícilmente se puede concebir como agresión, ya que falta el elemento de la amenaza [15]; por eso un caso como éste debe enjuiciarse conforme al § 34 (cfr. § 16, nm. 68, n. 106).

9 Tampoco es una agresión la tentativa inidónea (cfr. nm. 1). En tal caso ciertamente no falta un interés en el prevalecimiento del Derecho, pero sí la necesidad de protección. Por tanto, quien sabe que la pistola del agresor no está cargada, no puede abatirlo de un disparo. Eso no significa que la defensa contra un gángster que amenaza con un arma simulada o con una pistola descargada sea siempre únicamente un caso de legítima defensa putativa; pues aunque en tal caso no hay agresión a la vida o integridad, sí que puede haber unas coacciones o amenazas (o sea, una perturbación real de la libertad de actuación), a las que se puede enfrentar la víctima con los medios de la legítima defensa [16].

10 En cambio la agresión no requiere una conducta final [17] o culpable [18] del agresor. La opinión opuesta no es conciliable con la ley, puesto que el § 32 II

---

[12] Cfr. sobre las no-acciones § 8, nm. 42 ss., 58 s.

[13] Cfr. Baumann/Weber, AT[9], § 21 II 1 a α; Dreher/Tröndle[46], § 32, nm. 4; Welzel, StrafR[11], 85 [= PG, 1987, 123 s.; N. del T.]; respecto de las "acciones en el sueño y reflejas" tb. LK[11]-Spendel, § 32, nm. 27.

[14] Cfr. Roxin, Jescheck-FS, 1985, 468 ss.

[15] BGH NStZ 1989, 431; el BGH opina que no concurre una **agresión antijurídica.**

[16] Cfr. para más detalles Born, 1984; en cambio, Jakobs, AT[2], 11/9, pretende equiparar sin más el caso "de un peligro aparente provocado imputablemente por la víctima de la intervención" al de una agresión real.

[17] Schaffstein, MDR 1952, 136.

[18] Así, en cambio, Otto, Würtenberger-FS, 1977, 141; idem, AT[4], § 8 II 1 a bb; Marxen, 1979, 62;

exige sólo una conducta de agresión antijurídica, y precisamente no que sea culpable (o dolosa). Si la culpabilidad, en contra de cualquier uso habitual del lenguaje, fuera ya el presupuesto conceptual de una agresión, con mayor razón tendría que serlo también la antijuridicidad (pues ¿cómo iba a ser culpable una conducta conforme a Derecho?); pero entonces el legislador no habría podido mencionar la antijuridicidad como elemento adicional a la agresión. Las opiniones contrarias se basan en lo sustancial en derivar de la idea acertada del prevalecimiento del Derecho la equivocada consecuencia de que frente a una conducta no culpable no es preciso el prevalecimiento del Derecho y que por eso no se la puede reconocer como agresión desencadenante de la legítima defensa. Sin embargo, el legislador por razones de prevención general quiere afirmar el Derecho —aunque de forma más débil y considerada— ya frente al injusto, ¡y no sólo frente a la culpabilidad! Cfr. para más detalles la exposición sobre la antijuridicidad de la agresión en nm. 14 ss.

Una agresión puede producirse también mediante omisión. Un sector lo **11**
niega con el argumento de que la agresión requiere "ya conceptualmente un hacer activo" [19]. Pero esto no es convincente, puesto que si se puede —como el § 13 deja fuera de toda duda— matar o lesionar a alguien mediante omisión, no se ve por qué esas acciones de homicidio o lesiones no van a ser "agresiones". Del § 13 se desprende simultáneamente la limitación de la agresión por omisión a quienes tengan un deber de garantía; sólo quien tenga que responder de la evitación del resultado puede agredir, puesto que a él se le imputa el resultado, al correspondiente bien jurídico. La legítima defensa frente a una agresión omisiva se puede realizar, o bien obligando al garante a efectuar la actividad que evite el resultado, o bien siendo el propio tercero defensor quien evite el resultado. Por tanto, si una madre deja morir de hambre a su hijo, estará justificado por legítima defensa de terceros el sujeto que la obligue con violencia o amenazas (§ 240) a alimentar al niño; pero también quien penetre en la vivienda, deje fuera de combate a la madre que se oponía (§§ 123, 223) y alimente él mismo al niño. También actúa en legítima defensa el profesor que expulsa (§§ 240, 223) a personas que perturban la clase y que no abandonan el aula pese a su requerimiento (§ 123 [allanamiento de morada pasivo]); e igualmente la persona encerrada inadvertidamente que derriba la puerta (§ 303) porque el portero se niega a sacarle de allí (§ 239 [detención ilegal]), o el transeúnte que mata de un tiro al perro que le ataca (§ 303), y al que su dueño, pese a pedírselo, no lo llama para que se retire.

Hoyer, JuS 1988, 89; Frister, GA 1988, 307; Suppert, 1973, 321 s.; Jakobs, AT², 12/19, pretende excluir la agresión sólo en caso de "evidente" falta de culpabilidad.

[19] Sch/Sch/Lenckner²⁴, § 32, nm. 10; Felber, 1979, 193 ss.; pero ambos admiten dentro de ciertos límites una aplicación analógica del § 32. En contra de la agresión por omisión tb. Bockelmann/Volk, AT⁴, § 15 B I 1 a: "La agresión implica actividad"; muy restrictivo Schmidhäuser, StuB AT², 6/59.

12 En cambio no hay una agresión cuando, aunque alguien omita antijurídicamente, no se le imputa la omisión de evitar el resultado como lesión del bien jurídico, sino que dicha omisión debe compensarse mediante una demanda civil u otros recursos jurídicos. Así el deudor que no cumple su prestación, infringe en su caso antijurídicamente sus deberes; pero el acreedor no puede actuar en legítima defensa, sino que debe demandarlo. El arrendatario que no desaloja la vivienda al concluir la relación arrendaticia no comete allanamiento de morada por omisión, puesto que el Derecho protector de los arrendatarios le deja provisionalmente en posesión de la misma; por ello el arrendador no puede expulsarlo violentamente de la vivienda por la vía de la legítima defensa [20].

13 Se discute si la omisión propia (p.ej. §§ 138, 323 c) puede constituir una agresión susceptible de legítima defensa. A un automovilista que se niega a llevar al hospital a un herido víctima de un accidente ¿se le puede obligar en su caso mediante golpes a cumplir su deber derivado del § 323 c, o se le puede quitar su coche para salvar uno mismo al herido? Una parte de la doctrina considera que la omisión propia es suficiente como agresión [21]. Pero esta posición no es aceptable [22], pues, dado que la omisión propia no sería punible como lesión del bien jurídico (homicidio, lesiones, etc.), tampoco fundamenta una agresión a un bien jurídico. Además sería materialmente inadecuado que en caso necesario se pudiera matar a quien no quiere prestar socorro para conseguir su coche, a pesar de que la propia omisión sólo sería punible conforme al § 323 c (¡pena máxima: un año!). Eso no significa que no se pueda emplear una violencia mesurada contra el automovilista para salvar al accidentado; pero la misma se regirá por los principios de ponderación del estado de necesidad (§ 904 BGB, § 34) [23].

---

[20] Detalladamente al respecto LK[11]-Spendel, § 32, nm. 48 ss. Similar en cuanto al resultado Lagodny, GA 1991, 300, que, aunque considera en sí misma posible la legítima defensa frente a cualquier omisión (incluyendo el incumplimiento de pretensiones civiles y los delitos de omisión propia), sin embargo le reconoce a la protección jurídica estatal "prioridad frente a la violencia privada": "Sólo en el caso de que debido a la situación la fuerza del Estado **hubiera de** llegar demasiado tarde, podrá el ciudadano emplear por sí mismo la violencia" (320).

[21] Jescheck, AT[4], § 32 II 1 a; LK[11]-Spendel, § 32, nm. 47; Baumann/Weber, AT[9], § 21 II 1 a α; sin limitación expresa a la omisión impropia tb. Blei, AT[18], § 39 I 1; SK[4]-Samson, § 32, nm. 5; cfr. tb. BayObLG NJW 1963, 824 s.; OLG Hamm GA 1961, 181.

[22] Cfr. ya Roxin/Schünemann/Haffke, Klausurenlehre, [4]1982, 36; igualmente Stratenwerth, AT[3], nm. 418; además Maurach/Zipf, AT/1[8], 26/9. Diferenciando Jakobs, AT[2], 12/21.

[23] La opinión de LK[10]-Spendel, § 32, nm. 47, n. 98, según la cual el estado de necesidad no sirve como solución, ya que entran en colisión intereses equivalentes (integridad y salud del accidentado frente a integridad y libertad del automovilista), es errónea, pues el § 323 c decide en la ponderación de intereses a favor del accidentado. En contra a su vez LK[11]-Spendel, § 32, nm. 47, n. 98, que sin embargo desconoce que lo decisivo no es la ponderación de los bienes jurídicos, sino la de los intereses en pugna y que a ese respecto el deber de prestar socorro legalmente impuesto al automovilista acaba decidiendo a favor del empleo de una violencia mesurada.

IV. La antijuridicidad de la agresión

La antijuridicidad de la agresión coincide con el concepto de antijuridicidad **14**
de la teoría general del delito. Por tanto, una agresión no es ya antijurídica cuando amenace provocar un desvalor del resultado, sino que tiene que suponer también un desvalor de la acción [24]. En consecuencia, en primer lugar faltará la antijuridicidad de la agresión cuando el agresor esté amparado por una causa de justificación; pues entonces la agresión no supone ni desvalor de acción ni del resultado. Por tanto, nunca es posible legítima defensa contra legítima defensa, estado de necesidad justificante u otra actuación amparada por derechos de intromisión [25]. Tampoco cabe legítima defensa si la agresión está amparada por consentimiento; por eso no actúa en legítima defensa el que en una riña mutuamente aceptada va llevando las de perder y entonces se defiende con un cuchillo contra su adversario más fuerte (BGH NStZ 1990, 435; LG Köln MDR 1990, 1033). Pero también se excluye la legítima defensa solamente con que una actuación, aun sin estar cubierta por un derecho de intromisión, no vulnere el cuidado debido en el tráfico; pues en tal caso falta el desvalor de la acción y por eso también la antijuridicidad de la agresión. Por tanto, si un automovilista observa cuidadosamente todas las reglas del tráfico y pese a ello un peatón imprudente se le cruza ante el vehículo de modo tan imprevisible que está a punto de atropellarlo, no se da una agresión antijurídica por parte del automovilista; y por eso el peatón no puede actuar en legítima defensa disparando p.ej. al conductor. Bien es verdad que el peatón tampoco tiene que dejarse atropellar, como p.ej. tendría que soportar el ejercicio de un derecho de intromisión; pero las medidas que adopte para salvarse ante el "peligro actual y no evitable de otro modo" habrán de mantenerse dentro del marco del § 34, a cuyo respecto su propia culpa pesa en su contra en la ponderación de intereses.

Frente a esto, una opinión antes absolutamente dominante, y que aún hoy **15**
cuenta con muchos partidarios [26], pretende determinar la antijuridicidad de la agresión partiendo únicamente del resultado. Según esto será agresión antijurídica toda lesión de un bien que amenace producirse por una conducta humana y que no esté amparada por un derecho de intromisión. "Por eso también cabe legítima defensa propia y ajena frente a una conducta correcta en el

---

[24] Así la opinión que se va imponiendo en la doctrina. En época más reciente fundamentalmente: Hirsch, Dreher-FS, 1977, 211 ss.; Felber, 1979. Además Lackner[20], § 32, nm. 5; Maurach/Zipf, AT/1 [8], 26/14 ss.; Sch/Sch/Lenckner[24], § 32, nm. 19 ss.; Schumann, JuS 1979, 560; Stratenwerth, AT[3], nm. 425; Bitzilekis, 1984, 108 ss.

[25] Ello rige tb. para las que Günther denomina "causas de exclusión del injusto penal"; cfr. al respecto § 14, nm. 2.

[26] Baumann/Weber, AT[9], § 21 II 1 a β; Blei, AT[18], § 39 I 2; Bockelmann/Volk, AT[4], § 15 B I 1 d; Geilen, Jura 1981, 210 ss., 256; Jescheck, AT[4], § 32 II 1 c; LK[11]-Spendel, § 32, nm. 60 ss.; Welzel, StrafR[11], 85 [= PG, 1987, 124; N. del T.] (algo vacilante); Wessels, AT[23], § 8 V 1.

tráfico, es decir conforme a la diligencia debida y que por ello carece de todo desvalor de la acción, pero que suponga una amenaza de peligro" [27]. Así p.ej. cabrá legítima defensa "frente al conductor de un vehículo que sin poderlo evitar patina en la nieve helada e irrumpe en la acera" [28]. Pero esto no sólo da lugar frecuentemente a resultados incongruentes, al privilegiar al sujeto culpable frente al que obra con la diligencia debida (cfr. el ejemplo de nm. 14), sino que también choca con el principio irrenunciable, según el cual sólo puede haber legítima defensa cuando junto a la necesidad de protección exista un interés en el prevalecimiento del Derecho. Y frente a un agresor que se comporta de modo totalmente conforme a las normas, no necesita prevalecer el Derecho, ya que falta toda necesidad de prevención general. Quien pese a observar toda la diligencia debida "sin poderlo evitar irrumpe en la acera", crea un peligro propio del estado de necesidad, al que se podrá hacer frente ponderando todas las circunstancias en la medida del § 34 [29]; pero no existe el menor motivo para hacerle frente como a un delincuente con la legítima defensa.

16 De modo diametralmente opuesto a ese concepto objetivo de antijuridicidad que sólo atiende al resultado, una posición que cuenta con un creciente número de partidarios no se conforma con la antijuridicidad de la agresión en el sentido de la teoría general del delito, sino que forma para la legítima defensa un concepto propio de antijuridicidad que plantea mayores exigencias. Algunos autores sólo admiten la legítima defensa ante una agresión culpable, por lo que el concepto de "antijurídica" en el § 32 debería entenderse en el sentido de "culpable" [30]; esta opinión lleva a los mismos resultados que la que en caso de falta de culpabilidad del agresor pretende excluir ya la presencia de una agresión [31]. Jakobs parte del mismo enfoque, pero sólo excluye la legítima defensa ante agresiones "evidentemente" inculpables, para no cargar el riesgo de error sobre el agredido [32]. Samson [33] requiere una agresión dolosa o subjetivamente contraria al cuidado debido, y por tanto no considera suficiente el desvalor objetivo de la acción. Otros a su vez exigen para la facultad de legítima defensa más incluso que la culpabilidad del agresor: según H. Mayer [34] la agresión ha de ser culpable y dolosa, y según Schmidhäuser [35] ha

[27] Bockelmann/Volk, AT⁴, § 15 B I 1 d.
[28] Jescheck, AT³, 1978, § 32 II 1 c; en AT⁴, loc. cit., pone un ejemplo distinto, pero semejante.
[29] Para más detalles al respecto Roxin, Jescheck-FS, 1985, 473 s.
[30] Así p.ej. Krause, Bruns-FS, 1978, 83 s. (distinto ahora idem, H. Kaufmann-GS, 1986, 673: legítima defensa en el marco de una ponderación de intereses orientada al § 228 BGB); Haas, 1978, 356; Hruschka, Dreher-FS, 1977, 202; idem, StrafR², 139 ss.
[31] Cfr. sobre ello *supra* nm. 10.
[32] Jakobs, AT², 12/19.
[33] SK⁵-Samson, § 32, nm. 35.
[34] H. Mayer, StuB AT, 1967, 98; así tb. Frister, GA 1988, 291.
[35] Schmidhäuser, StuB AT², 6/65.

de ser incluso dolosa y con conciencia de que no está permitida; por su parte, Bertel [36] no admite la legítima defensa ante agresiones de niños y enfermos mentales y ante agresiones "que no hagan temer una lesión de un bien jurídico que haya que tomarse en serio".

Pese a todas sus diferencias en detalles particulares, estas teorías se pueden reconducir a una idea básica: la de que sólo es preciso el prevalecimiento del Derecho que fundamenta la legítima defensa ante una agresión culpable o incluso cualificadamente culpable [37]. Pero ése no es el punto de vista de la ley [38]. La Parte general de 1975 distingue claramente entre antijuridicidad y culpabilidad (cfr. solamente el § 34 por una parte y el § 35 por otra); por eso es de entrada bastante inverosímil que en el § 32 se esté hablando de agresión antijurídica cuando lo que se querría decir es agresión culpable (o sumamente culpable). Es cierto que no es algo inconcebible interpretar el mismo concepto de modo distinto según el contexto teleológico. Pero en tal caso la ley o los materiales legislativos tendrían que ofrecer algún punto de apoyo para tal interpretación; y en vez de eso, en la fundamentación del P 1962 [39], al que se *remonta el Derecho vigente, se dice que el derecho de legítima defensa "según* su principio básico tampoco está restringido frente a personas que actúen sin culpabilidad". 17

Esta concepción legislativa es además digna de aplauso [40]. En efecto, es cierto que frente a agresiones no culpables o con culpabilidad disminuida la necesidad de afirmación del Derecho es considerablemente menor que de lo contrario; y por eso una defensa en tales casos, como también tiene presente el legislador, no está "requerida" en la misma medida que en los otros y ha de procurar tener mayores consideraciones (cfr. nm. 55 ss.). Pero el prevalecimiento del Derecho no se queda sin objeto: la legítima defensa debe afirmar el Derecho frente al injusto y no sólo frente a la culpabilidad; y debe dejar claro quién está del lado del Derecho y quién en el del injusto. Si una persona es agredida por unos adolescentes pendencieros, está indicado a efectos preventivogenerales reconocer su defensa como legítima defensa; el agredido no puede saber si posteriormente en el proceso penal se les reconocerá o no a los jóvenes la madurez moral y espiritual precisa para su responsabilidad, y por tanto eso ha de ser indiferente para su derecho de legítima defensa [41]. 18

---

36 Bertel, ZStW 84 (1972), 11, n. 41.

37 En cambio, según Hoyer, JuS 1988, 89, la necesidad de una conducta culpable del agresor se deriva de la falta de exigencia de proporcionalidad en el § 32.

38 Tb. Ludwig, 1991, 110 s., que *de lege ferenda* exige una "agresión dolosa y culpable" para la legítima defensa, considera que tal interpretación en el Derecho vigente es una vulneración [del principio de legalidad penal] del art. 103 II GG.

39 BT-Drucks. IV/650, 156.

40 Cfr. para más detalles al respecto Hirsch, Dreher-FS, 1977, 215 ss.; Felber, 1979, 62 ss.; Roxin, ZStW 93 (1981), 82 ss. [= CPC 1982, 307 ss.; N. del T.].

41 El único autor que tiene esto en cuenta entre los que exigen por principio una agresión culpable

Sólo podría ser de otra manera si la legítima defensa tuviera un carácter penal, es decir que sirviera para castigar al agresor. Pero eso no es así en absoluto: naturalmente que la víctima de una agresión no tiene un derecho a penar que está exclusivamente reservado a los tribunales; y además, de admitirse una finalidad análoga a la penal, la legítima defensa tampoco se podría limitar a lo necesario para impedir o repeler la agresión.

19 En contra de la transformación de la agresión antijurídica en una agresión culpable habla también la circunstancia de que la importancia de ese acto de fuerza en la interpretación que contradice el concepto legislativo es nula: Pues los autores que niegan la legítima defensa contra una agresión antijurídica pero no culpable, no obstante no quieren exigirle al agredido que soporte la agresión, sino que, apelando a la regulación del estado de necesidad (§ 34), le conceden las mismas facultades de defensa que permite una legítima defensa con restricciones ético-sociales. Y con ello vuelven a renunciar a los efectos preventivogenerales de la legítima defensa, tan valiosos a efectos de psicología social, y a la distinción entre injusto y culpabilidad, elaborada con tanto esfuerzo a lo largo de la evolución dogmática precisamente en referencia al derecho de legítima defensa, sin poder colocar de ningún modo al agresor no culpable en una posición mejor que la que se deriva de la teoría aquí defendida. Y ello no es adecuado para el fin que se pretende.

V. La actualidad de la agresión

20 Según una fórmula muy utilizada [42], una agresión es actual cuando es inmediatamente inminente, o precisamente está teniendo lugar o todavía prosigue. Como el "estar teniendo lugar" —p.ej. una paliza está plenamente en curso cuando aparece el tercero defensor— está situado entre los dos extremos temporales de la inminencia y de la prosecución y por tanto no puede plantear problemas de delimitación, sólo es preciso interpretar el comienzo y el fin de la actualidad.

21 Cuándo es inmediatamente inminente una agresión es algo que hasta ahora no se ha aclarado inequívocamente. Es frecuente encontrar descripciones similares a la determinación de la frontera de la tentativa [43], al atender al criterio

para la legítima defensa, es Jakobs (AT², 12/19), al cargar el riesgo de error sobre el agresor. Pero no es muy factible hacer depender la antijuridicidad de la agresión de las representaciones del agredido.

[42] Cfr. v.gr., coincidiendo casi literalmente, Jescheck, AT⁴, § 32 II 1 d; Wessels, AT²³, § 8 V 1.

[43] Jakobs, AT², 12/23, pretende "precisar la inminencia inmediata" precisamente "de modo análogo a la determinación de la tentativa". Ludwig, 1991, 102, 167, 182 s., se fija en el comienzo de la tentativa, pero llega a resultados similares a los de nuestro texto al afirmar que en caso de actos preparatorios próximos a la tentativa existe un "derecho a la defensa preventiva por analogía con el § 228 BGB" (p. 183).

de si es inmediatamente inminente la lesión del bien jurídico [44] o de si la amenaza se puede transformar inmediatamente en una lesión [45]. Pero la equiparación de la actualidad con el comienzo de la tentativa, que también hay muchas voces en la doctrina que expresamente la rechazan [46], sería teleológicamente equivocada. Pues la frontera de la tentativa, por razones propias del Estado de Derecho —porque la punición presupone una realización del tipo propiamente dicha—, debe situarse lo más próxima posible a la consumación. Pero en cambio no tendría el menor sentido esperar para la defensa hasta que sea demasiado tarde o casi para tomar contramedidas; ello ni siquiera le beneficiaría al agresor, ya que en el último momento frecuentemente es necesario para la defensa causarle al agresor una lesión mucho más grave que la que hubiera sido precisa en un momento anterior.

Por eso es frecuente encontrar también fórmulas según las cuales una agresión ya es inmediatamente inminente cuando posteriormente ya no se la podría repeler o sólo sería posible en condiciones más graves ("solución de la eficiencia"). Así, según Schmidhäuser una agresión "ya es actual siempre que el *agresor la prepare de tal modo que ya no sea posible una defensa posterior*" [47]; similar también Samson [48]. Según esto, tendría que ser ya actual p.ej. una agresión anunciada para el día siguiente si la misma sólo se pudiera impedir ahora con seguridad y posteriormente, si es que se la pudiera impedir, sería sólo con mucha más dificultad. Pero esta solución tampoco puede ser correcta, puesto que una agresión sólo planeada o preparada no sólo no es una agresión actual, sino que ni siquiera es aún una agresión. Y además sería contradictorio con el orden social pacífico y con el monopolio estatal de la violencia que se pudiera interponer tan ampliamente para fines preventivos la legítima defensa con sus duras facultades: sólo la situación actual de lucha le puede conceder al particular unas facultades tan radicales. **22**

La delimitación correcta debe situarse entre ambos extremos [49]. En la agresión actual sólo se podrá incluir junto a la tentativa la estrecha fase final de los actos preparatorios que es inmediatamente previa a la fase de tentativa. En ese ámbito de los actos preparatorios próximos a la tentativa que ya fundamentan legítima defensa es donde encaja el "disponerse inmediatamente a la agresión" (por contraposición a la agresión sólo en preparación, que todavía no es actual, y al disponerse inmediatamente a realizar el tipo, que ya cons- **23**

---

[44] LK[11]-Spendel, § 32, nm. 118.

[45] Sch/Sch/Lenckner[24], § 32, nm. 14, adhiriéndose a RGSt 67, 339; BGH NJW 1973, 255.

[46] Blei, AT[18], § 39 I 3; LK[9]-Baldus, § 53, nm. 5; Schmidhäuser, StuB AT[2], 6/61; SK[5]-Samson, § 32, nm. 24 ss.; Welzel, StrafR[11], 85 [= PG, 1987, 123; N. del T.].

[47] Schmidhäuser, LB AT[2], 9/94; igualmente idem, StuB AT[2], 6/61.

[48] SK[5]-Samson, § 32, nm. 26 ss.; cfr. tb. LK[9]-Baldus, § 53, nm. 5.

[49] Cfr. para más detalles sobre todo ello Roxin, Tjong-GS, 1985, 137 ss. Crít. al respecto Ludwig, 1991, 181 ss., 189 s.

tituye una tentativa). Eso significa en las agresiones violentas p.ej., que concurrirá una agresión actual con el inicio —no simplemente verbal— de las hostilidades que dentro de un proceso histórico único van a dar lugar a la realización del tipo. Por tanto, al sujeto que se acerque a otro con ánimo de lesionarle blandiendo un arma contundente de modo amenazante, ya se le puede disparar en defensa a la pierna, por mucho que sólo haya una tentativa de lesiones en el momento en que la víctima esté al alcance del agresor y éste levante la mano para golpear.

24 Esta es también la línea que en lo sustancial sigue la jurispr. Así BGH NJW 1973, 255, adhiriéndose al RG [50], considera que hay agresión actual en una "conducta que, aunque aún no lesiona ningún derecho, puede transformarse inmediatamente en una lesión, de tal manera que el aplazar la acción defensiva también podría hacer peligrar el éxito de ésta". Aquí se hace llegar a la "teoría de la defensa más eficaz", al unirla con la fórmula del "transformarse inmediatamente", a un resultado que coincide con la determinación de la "actualidad" como acto preparatorio próximo a la tentativa. En el caso concreto el agresor había hecho un movimiento con la mano hacia el bolsillo en el que se encontraba su revóver cargado; ello aún no era una tentativa de homicidio (que sólo se hubiera dado al sacar el revólver), pero sí —dando por supuesta la correspondiente intención— una agresión actual, por lo que tenía razón el BGH al considerar que el disparo del amenazado para defenderse estaba amparado por legítima defensa. En BGHSt 25, 229, se consideró con razón que el hecho de aproximarse tres hombres, que decían que "ahora va a correr sangre", blandiendo uno de ellos en su mano un destornillador, era una agresión actual, aunque lo cierto es que en este caso tampoco se había alcanzado aún la fase de tentativa. Por tanto el amenazado podía lícitamente impedir la aproximación inmediatamente peligrosa mediante un disparo de advertencia y, al no tener éxito el mismo, mediante otro disparo a dar.

25 Muy polémica es la sent. RGSt 53, 132, cuyos hechos consistían en que un guarda disparó a las piernas a un cazador furtivo cuando éste, pese a que el guarda le conminó e hizo un disparo de advertencia, no arrojó al suelo su escopeta cargada, sino que salió huyendo con ella [51]. La admisión por el RG de la legítima defensa es correcta si el cazador furtivo tenía la intención de darse la vuelta en cuanto llegara a una posición de tiro favorable y a cubierto y hacer fuego desde allí contra el guarda; pues aunque la fuga tampoco fuera aún una tentativa de homicidio, sí que supondría disponerse a la agresión. Ahora bien, si el cazador furtivo en realidad sólo quería huir, y no disparar,

---

[50] RGSt 53, 132; 61, 216; 67, 337, 339.

[51] Cfr. para más detalles (con sentencias similares y referencias bibliográficas) LK[11]-Spendel, § 32, nm. 120.

la suposición contraria del guarda sólo podría fundamentar una legítima defensa putativa.

En cambio, una agresión solamente planeada o en fase de preparación que aún no esté próxima a la tentativa nunca puede fundamentar legítima defensa. Por eso rechazó con razón la legítima defensa el BGH en un caso en el que el propietario de una vivienda había disparado a un intruso que ya se había presentado varias veces en su casa en actitud de "voyeur", para hacerle desistir de volver de una vez por todas. "El temor a que S. pudiera regresar de noche en otro momento no puede fundamentar la admisión de una agresión actual" [52]. También falta una agresión actual (e incluso ya una agresión) "si aún no se ha puesto en práctica ni manifestado al exterior la voluntad de lesionar un bien jurídico" [53]. Y también hay que rechazar la propuesta de Suppert [54] de extensión analógica del § 32 a agresiones futuras que posteriormente ya no se podrán impedir o sólo se podrán impedir con un medio sustancialmente más duro [55]. En efecto, los principios que rigen en tal "legítima defensa preventiva" son totalmente distintos de los de la legítima defensa: en tales casos habrá que pedir la ayuda de la autoridad, esquivar la agresión, soportar ciertos riesgos y sólo se podrá proceder preventivamente en casos extremos y dentro del marco de la proporcionalidad. De ahí se desprende que, aunque no se puede excluir totalmente la justificación de una legítima defensa preventiva, ésta no puede admitirse por analogía con el § 32, sino sólo en el marco del § 34 [56]. 26

También cabe actuar en legítima defensa contra una agresión que aún continúe, y que, aunque esté formalmente consumada, aún no esté materialmente agotada o terminada. Por eso es admisible la legítima defensa especialmente en los delitos permanentes (cfr. § 10, nm. 105), en tanto se mantenga la situación antijurídica. Es cierto que el allanamiento de morada (§ 123) y la detención ilegal (§ 239) ya se han consumado con las acciones de entrar y encerrar, respectivamente, pero la agresión sigue siendo actual mientras el intruso permanece en la casa o mientras la víctima está encerrada; por eso estarán justificadas por el § 32 las conductas de expulsar a la persona que ya ha entrado, o de volar la puerta del calabozo, como era necesario para liberarse. Pero también en los delitos de estado (cfr. § 10, nm. 106), pese a la consumación formal del delito, la agresión sigue siendo actual hasta la consumación material. Así, si el ladrón huye con el botín, ya hay un hurto consumado; pero a pesar de ello la agresión a la propiedad del robado sigue siendo 27

[52] BGH NJW 1979, 2053; cfr. tb. RGSt 63, 222; 64, 103; 65, 160.
[53] BayObLG StrV 1987, 203; sobre ella Bottke, JR 1986, 292; Kratzsch, StrV 1987, 224.
[54] Suppert, 1973, 404.
[55] Similar Jakobs, AT², 12/27; en contra la doc. absolutamente dom.: cfr. Sch/Sch/Lenckner[24], § 32, nm. 17, con ulteriores citas.
[56] Cfr. § 16, nm. 72 ss.; Roxin, Jescheck-FS, 1985, 478 ss.

actual mientras aquél no haya puesto a buen recaudo el botín. Por consiguiente, si el propietario recupera la posesión de sus cosas impidiendo al ladrón que escape de un tiro a la pierna, estará amparado por legítima defensa (RGSt 55, 84; BGH MDR [H] 1979, 985). La situación es distinta cuando, como ocurre por regla general, coinciden consumación formal y agotamiento o terminación material: Así, quien responde a una injuria o una bofetada con una bofetada, no está justificado por legítima defensa, puesto que la agresión ya no es actual y por regla general aún no serán actuales eventuales nuevas agresiones; por eso el § 233 sólo prevé en cuanto a la sanción una dispensa de pena o una atenuación de la pena. Sólo si el agresor sigue pegando o pronunciando insultos y expresiones injuriosas de modo que aún continúa en el momento de la defensa, habrá legítima defensa que amparará la conducta del agredido que con un contraataque físico le obligue a concluir o a callar.

28 Una cuestión polémica es la de si en los casos de chantaje aún concurre una agresión actual cuando la amenaza (p.ej. de revelaciones comprometedoras) está concluida y entonces el chantajeado sólo puede proceder contra el chantajista por la vía de la autodefensa. Un sector niega la actualidad porque con la amenaza ya ha concluido la agresión a la libertad de actuación de la voluntad, mientras que la agresión al patrimonio no comienza hasta que ha transcurrido el plazo fijado o puede ser impedida sencillamente no pagando [57]. Pero esta posición no se puede compartir [58]; pues la amenaza, aun después de haberse pronunciado, sigue perturbando la libertad de actuación de la voluntad mientras pende como una espada de Damocles sobre la cabeza de la víctima del chantaje. Y en efecto, ¿cómo y por qué una tentativa de chantaje, mientras no se haya producido aún la consumación, no iba a poder ser una agresión que precisamente está teniendo lugar y por tanto actual? La cuestión de si la legítima defensa puede justificar la contraviolencia contra el chantajista no es un problema de la actualidad de la agresión, sino de la necesidad de la defensa (cfr. nm. 50) y de que ésta esté requerida o indicada (cfr. nm. 87 s.). Lo propio sucede en la cuestión de si está amparada por legítima defensa la colocación de armas que se disparan automáticamente, cepos u otros objetos defensivos similares: en esos casos no falta la actualidad de la agresión aunque dichos aparatos se instalen bastante tiempo antes de la agresión, con tal de que la defensa se ponga en marcha precisamente en el momento de la agresión; otra cuestión es hasta qué punto son necesarias y requeridas semejantes medidas de protección (cfr. nm. 50, 87 s.).

---

[57] Así, con algunas divergencias en puntos concretos, Arzt, MDR 1965, 344 s.; Baumann, MDR 1965, 346 s.; Tenckhoff, JR 1981, 255 s.

[58] Haug, MDR 1964, 551; Suppert, 1973, 272 ss., 285; Klug, Sarstedt-FS, 1981, 124 s.; Roxin/Schünemann/Haffke, Klausurenlehre, ^{4}1982, 72 s.; Amelung, GA 1982, 384 ss.

VI. Los bienes defendibles

En principio son legítimamente defendibles todos los bienes jurídicos individuales (cfr. nm. 1), o sea vida, salud, libertad, propiedad, custodia, honor, derecho sobre la morada, etc. [59]. A este respecto no es preciso que los bienes estén protegidos jurídicopenalmente para que sean susceptibles de legítima defensa. Así p.ej. la posesión sólo está protegida civilmente (§ 868 BGB) frente a la realización arbitraria de la propia fuerza (prescindiendo del § 248 b [delito de utilización ilegítima de vehículos]); pero con independencia de ello es posible defenderse conforme al § 32 frente a una desposesión temporal. También es legítimamente defendible el derecho de la personalidad, que en su forma general sólo está protegido por el § 823 BGB. Por consiguiente, el "mirón del agujero de la pared" que espía en secreto a mujeres en el vestuario, lesionando así su esfera íntima (que supone una especialización del derecho general de la personalidad), puede ser expulsado con violencia si es necesario. Se ha discutido mucho si también cabe actuar en legítima defensa frente al sujeto que por la noche se acerca furtivamente a una pareja de enamorados que se estaban acariciando en un banco del parque; BayObLG NJW 1962, 1782, y la doc. dom. lo rechazan aduciendo que en un parque público no hay una esfera íntima [60]. Esto podría ser cierto, pero la verdad es que la solución ha de ser distinta para lugares retirados incluso al aire libre. También es una concreción del derecho general de la personalidad el derecho a la propia imagen. Por eso puede uno defenderse frente al sujeto que le fotografía sin estar autorizado por la KUG, si es necesario quitándole el filme (OLG Karlsruhe NStZ 1982, 123) [61]. Y también tendrán derecho a la legítima defensa los policías que son fotografiados durante una manifestación (OLG Hamburg NJW 1972, 1290). En cambio, el BGH (JZ 1976, 31) [62] no ha considerado agresión ilegítima el hecho de que unos policías fotografiaran a manifestantes para descubrir por medio de las fotos a los autores desconocidos de delitos anteriores, que se presumía estaban entre los manifestantes. Pero, en contra de lo que sostiene el BGH, esa facultad de fotografiar no se puede basar en el § 163 StPO, pues dicho precepto fundamenta sólo el deber de investigación de la policía, pero no le concede derechos de intromisión; y es como mínimo dudoso que tal 29

[59] Aquí sólo es posible citar la amplia jurispr. por vía de ejemplo y al hilo de casos polémicos. La mejor exposición de todo el material jurispr. se encuentra en LK[11]-Spendel, § 32, nm. 163 ss.

[60] De otra opinión Erdsiek, NJW 1962, 2240; Maurach/Zipf, AT/1[8], 26/11; LK[11]-Spendel, § 32, nm. 184.

[61] En cambio, según Haberstroh, JR 1983, 314, la toma arbitraria de una fotografía sólo será una agresión actual al derecho a la propia imagen "cuando según las circunstancias concretas haya que contar con la inmediata difusión de la misma" (p. 318).

[62] Para más detalles sobre esta sentencia y la posterior sent. BGH JZ 1978, 762, Paeffgen, JZ 1978, 738.

derecho lo concedan los §§ 23 I n.º 3 y 24 de la KUG, invocados asimismo por el BGH [63].

30 También el derecho al uso común, en cuanto derecho subjetivo público, es defendible (aunque es una cuestión discutida). Como no cabe poseer un espacio libre para aparcar, un automovilista podrá por tanto echar empujándola a la persona que se ha plantado allí y no le quiere dejar entrar (de otra opinión OLG Stuttgart NJW 1966, 745, con Com. de Bockelmann, según la cual sólo existirá un derecho de legítima defensa si la obstaculización constituye unas coacciones en el sentido del § 240); aunque sí es cierto que será un abuso del derecho y no estará "indicado o requerido" en el sentido del § 32 I el atropellar con el coche a dicho ocupante del hueco que había para aparcar [64]. También es un bien jurídico defendible la "libertad del particular que participa en el tráfico para moverse por el tráfico rodado sin perturbaciones ajenas al tráfico" [64a]; por eso se puede empujar a un lado a quien con mala idea le bloquea el paso a un transeúnte.

31 No obstante, no todos los derechos individuales están protegidos contra toda forma de perturbación. Así nadie tiene derecho a la legítima defensa frente a quien le quita la novia (RGSt 48, 215); pues como no cabe demanda para exigir la celebración del matrimonio, ningún miembro de la pareja puede exigirle al otro que mantenga el noviazgo. Y tampoco en el matrimonio, que obviamente es un bien jurídico en sí mismo, puede mantenerse la fidelidad de uno de los cónyuges por la vía de la legítima defensa (v.gr. dando una paliza al adúltero) (OLG Köln NJW 1975, 2344) [65]; pues según el Derecho alemán no se puede obligar con violencia a la fidelidad.

32 También es legítimamente defendible la vida en formación, dado que está protegida incluso por la Constitución (art. 2 II 1 GG) como titular (portador) autónomo de un bien jurídico. Ello no resulta problemático si se intenta un aborto contra la voluntad de la embarazada; pero en tales casos concurre simultáneamente una legítima defensa de terceros a favor de la embarazada, por lo que el resultado no depende de la defendibilidad de la vida en formación. ¿Pero se le puede impedir físicamente a la propia embarazada y a su cooperador que realicen una interrupción del embarazo no autorizada? La respuesta ha de ser afirmativa [66], pues en la medida en que la vida en formación es

---

[63] Cfr. además BGH JZ 1978, 762; OLG Celle NJW 1979, 57; W. Schmidt, JZ 1976, 32; Paeffgen, JZ 1978, 738; Dittmar, NJW 1979, 1311; Teubner, JR 1979, 422.

[64] Cfr. para más detalles y con otras amplias referencias bibl. Busse, 1968, 123 ss.

[64a] BayObLG NJW 1993, 211, con Com. de Jung, JuS 1993, 427; Heinrich, JuS 1994, 17, ciertamente le da la razón en ese sentido (loc. cit., 18 ss.), pero rechaza la legítima defensa en el caso concreto. Cfr. tb. ya OLG Schleswig NJW 1984, 1470, así como Dreher/Tröndle[46], § 32, nm. 6, y Lackner[20], § 32, nm. 3.

[65] De otra opinión LK[11]-Spendel, § 32, nm. 183 (con ulteriores citas), según el cual se debe autorizar a una "esposa expeditiva" a darle un "bofetón" a su rival para salvar su matrimonio.

[66] Más bien negándolo LK[11]-Spendel, § 32, nm. 171, con ulteriores citas.

reconocida como sujeto de derecho autónomo, también ha de poder ser defendida mediante la legítima defensa de un tercero. No obstante, habrá que examinar cuidadosamente la necesidad del medio defensivo, ya que en muchos casos bastará con amenazar con una denuncia penal.

Se discute también la admisibilidad de la legítima defensa frente a las **33** torturas y malos tratos de animales. Mayoritariamente se afirma, fundamentándolo en que se puede defender legítimamente la compasión humana para con el animal martirizado [67]. Pero el propósito de la TierSchG no es amparar sentimientos humanos, sino, como expresamente se dice en su § 1, la "protección de la vida y bienestar del animal". En consecuencia, se actúa en legítima defensa del propio animal como tercero si se le impide su actuación a quien lo martiriza. Dado que el "otro" en el sentido del § 32 no tiene por qué ser un ser humano (sino que también puede serlo p.ej. una persona jurídica o el feto), nada le impide al legislador reconocer también a un animal como "otro" (cfr. ya § 2, nm. 21).

En cambio, los derechos relativos (reclamaciones y otras pretensiones con- **34** tractuales) no son bienes susceptibles de legítima defensa; pues si se pudiera actuar en legítima defensa contra infracciones contractuales, cualquier acreedor podría imponer su derecho violentamente, mientras que lo que se desprende del § 229 BGB es que el legislador sólo quiere admitir dentro de los límites más estrictos la autotutela frente a los deudores.

Tampoco son defendibles los bienes jurídicos de la comunidad [68]. Es cierto **35** que la legítima defensa también sirve siempre para el prevalecimiento del Derecho, es decir, para la protección de la comunidad; pero sólo lo hace allí donde simultáneamente se ha de proteger un bien jurídico individual (cfr. nm. 1). Al orden social pacífico le produciría más perjuicio que beneficio que cada ciudadano lo pudiera defender violentamente aunque no haya ningún particular que necesite protección; pues en ese caso, ante cada violación del Derecho real o imaginaria se podrían producir escenas de lucha que son precisamente las que el Estado quiere evitar estableciendo "guardianes del orden" específicos (la policía). Que ése es también el punto de vista del legislador se deduce p.ej. de la regulación de la detención provisional por particulares (§ 127 I StPO), puesto que la creación de una facultad semejante (estrictamente limitada) no hubiera sido precisa si el particular, para defender el orden jurídico, pudiera detener sin más a delincuentes por la vía de la legítima defensa de terceros.

---

[67] Así últimamente LK[11]-Spendel, § 32, nm. 189; Sch/Sch/Lenckner[24], § 32, nm. 8.
[68] Doc. dom., así como BGHSt 5, 247; BGH VRS 40 (1971), 107; BGH NJW 1975, 1162; OLG Stuttgart NJW 1966, 747 s.

36 Por consiguiente, un particular sólo puede proceder en legítima defensa frente a la conducción en estado de embriaguez (§ 316) o a la conducción sin permiso (§ 21 StVG) si con ello se pone en peligro a otra persona (cfr. BGH VRS 40 [1971], 104); y lo mismo sucede respecto de otros delitos de tráfico. Tampoco es lícito interrumpir la proyección de una película ("La pecadora") arrojando bombas fétidas, para defender de ese modo el orden público presuntamente perturbado por la proyección (BGHSt 5, 252). Tampoco podía invocar legítima defensa propia o ajena el estudiante de teología que se llevó por la fuerza los impresos pornográficos de un quiosco de la estación, puesto que el § 184 y la GjS no protegen bienes jurídicos individuales (BGH NJW 1975, 1162): Como afirma esa sentencia, la facultad de autotutela "no se le concede al ciudadano para mantener la moral y el orden, aunque sea el orden protegido por el Derecho penal. Garantizarlo es misión de los órganos estatales competentes, cuya función no se puede arrogar el ciudadano. Para un Estado de Derecho es algo irrenunciable el que la salvaguarda y aseguramiento de una vida ordenada en comunidad esté confiada en primera línea, no a la iniciativa privada, sino a los órganos del Estado vinculados a la Constitución". Asimismo frente a los delitos de falso testimonio (§§ 153, 154) sólo se puede actuar en legítima defensa (p.ej. interrumpiendo la falsa declaración del testigo) si a través del delito —como sin duda es frecuente— un particular se ve dañado en sus derechos. En cambio, los §§ 183 (acciones exhibicionistas) y 183 a (provocación de escándalo público) no pretenden proteger la moralidad colectiva, sino proteger al individuo de una confrontación con acciones sexuales que le suponga un choque emocional; por eso cabe proceder frente a ello por la vía de la legítima defensa (p.ej. expulsando a las personas que están molestando).

37 Algunos contados autores consideran legítimamente defendibles, al menos en una medida restringida, los bienes jurídicos de la comunidad. Así Schroeder [69] sostiene la exclusión de la legítima defensa "a bienes jurídicos tan generales como el orden público, el orden del tráfico viario y similares", pero admite legítima defensa de terceros en favor de la comunidad ante el encubrimiento o la evasión de presos. Zipf [70] opina que, en vista de la admisión expresa de la legítima defensa en favor de terceros ("o de otro"), no hay "ninguna diferencia" entre que alguien defienda bienes del individuo o de la comunidad; pero no obstante considera que no son defendibles "conceptos tan difusos como el ordenamiento jurídico como un todo..., el bien público, el orden público como tal" o "el ordenado desenvolvimiento del tráfico viario". Según Schmidhäuser [71] debe reconocerse la defensa ajena "también en favor

[69] Schroeder, Maurach-FS, 1972, 141.
[70] Maurach/Zipf, AT/1^{8}, 26/12, 13.
[71] Schmidhäuser, StuB AT^{2}, 6/80.

del común, en particular del orden estatal"; pero añade que por regla absolutamente general será suficiente para la defensa poner los hechos en conocimiento de los órganos estatales, por lo que rara vez será necesaria una intromisión en bienes del agresor.

Todo ello debe rechazarse por las razones ya expuestas. Frente a Schroeder 38
y Zipf hay que objetar que no es la vaguedad o "carácter difuso" de algunos bienes jurídicos de la comunidad, sino la competencia exclusiva de los órganos del Estado al servicio de la paz jurídica la que en tales casos excluye la legítima defensa ajena por parte de particulares; y ese punto de vista también es válido frente a bienes jurídicos comunitarios menos abstractos. Y cuando Schmidhäuser reconoce sin más la legítima defensa ajena en favor del común, pero en cambio casi nunca considera necesaria una defensa frente al perturbador, no se entiende bien por qué ha de ser necesario avisar a la autoridad en estos casos a diferencia de los restantes y por qué esto ha de ser más suficiente en ellos que en las agresiones a bienes jurídicos individuales; pues ante agresiones a bienes jurídicos raras veces se podrá encontrar a la policía, siendo indiferente que las agresiones afecten a un particular o a la comunidad. La razón por la que los bienes jurídicos de la comunidad no son susceptibles de legítima defensa es porque no es deseable dotar de modo general a la población de facultades policiales mediante el rodeo de la legítima defensa.

Un supuesto especial es el de la "legítima defensa del Estado", o sea el caso 39
en que alguien, no es que defienda bienes jurídicos de la comunidad, sino que actúa en legítima defensa de terceros ante agresiones al Estado mismo. Como en principio también cabe actuar en legítima defensa de terceros a favor de personas jurídicas (asociaciones, sociedades), unánimemente se reconoce que en todo caso se pueden defender de modo general bienes jurídicos individuales que corresponden al Fisco; por tanto también el particular puede intervenir por la vía de la legítima defensa contra la destrucción de la propiedad estatal (v.gr. una cabina telefónica). Sin embargo es una cuestión muy discutida la de si el particular tiene un derecho de legítima defensa ante agresiones al Estado como portador de la soberanía (p.ej. en casos de puesta en peligro del Estado o de traición o alta traición). La sent. RGSt 63, 215 (220), lo ha afirmado como principio en el caso de fusilamiento de un (presunto) espía [72]:

---

[72] RGSt 56, 259 (268), en el caso del golpe de Estado de Kapp * dejó planteada la cuestión de "si se podría reconocer o no un derecho del ciudadano a la legítima defensa del Estado frente a una vulneración de la Constitución". RGSt 64, 101 (103), con motivo del fusilamiento de un presunto espía por un militar del ejército del Reich, opinó que puede dejarse sin discutir la cuestión de "si el ciudadano particular tiene derecho a actuar en legítima defensa en favor del Estado prescindiendo de los órganos específicamente encargados de la protección del Estado".

* Wolfgang Kapp era un político prusiano, fundador de un partido de derecha radical, que en 1920 urdió junto con el general Lüttwitz un golpe de Estado contra la República alemana, que fue ejecutado por Ehrhardt el 13 de marzo de ese año, siendo nombrado a continuación Kapp Canciller del gobierno [N. del T.].

"También se puede actuar en legítima defensa en favor de personas jurídicas de Derecho privado o de Derecho público, si se alzan agresiones antijurídicas contra sus bienes jurídicamente protegidos. No se ve ninguna razón por la que p.ej. la defensa frente a una agresión de hurto al patrimonio de una sociedad anónima o de un municipio debiera tratarse desde el punto de vista de la legítima defensa de modo distinto que frente a la agresión a la propiedad de un particular. De ello se desprende que también hay un derecho de legítima defensa del ciudadano individual frente a agresiones antijurídicas a los intereses vitales del Estado... No se puede admitir que el legislador quisiera concederle a la existencia del Estado una protección menor que a la preservación de otros bienes jurídicos".

40 Esta posición la sigue aún hoy, aunque con modificaciones restrictivas, gran parte de la doctrina [73]. Sin embargo, no se puede compartir esa argumentación [74]: En efecto, el Estado como tal no es un bien jurídico individual, por mucho que sea posible la construcción del mismo como persona jurídica. Se producirían situaciones insostenibles si ante los delitos contra la protección del Estado el ciudadano pudiera presentarse como luchador individual contra los enemigos del Estado; los que en la República de Weimar quisieron ampararse en legítima defensa en favor del Estado, únicamente produjeron desgracias. En casos de necesidad extremos, como la situación detallada en RGSt 63, 220, en "que un espía, que lleva objetos en cuyo mantenimiento en secreto existe el máximo interés para la defensa del país, está a punto de cruzar la frontera, y no se puede disponer de inmediato de la ayuda de la autoridad", se puede recurrir al estado de necesidad justificante del § 34, que presupone una ponderación comprensiva de todas las circunstancias y que —debido a la imponderabilidad de la vida humana— como mínimo impide fusilamientos apresurados (como en los casos de RGSt 56, 259; 64, 101). Y asimismo el derecho de resistencia del art. 20 IV GG es un derecho de estado de necesidad y no de legítima defensa.

VII. La necesidad de la defensa

41 Necesaria es toda defensa idónea, que sea la más benigna de varias clases de defensa elegibles y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño. El BGH (GA 1956, 49) lo sintetiza así: "El defensor debe elegir, de entre varias clases de defensa posibles, aquella que cause el mínimo daño al agresor. Pero para ello no tiene por qué aceptar la posibilidad de daños en su propiedad o de lesiones en su propio cuerpo, sino que está legitimado para emplear como

[73] Cfr. por todos LK[11]-Spendel, § 32, nm. 153 ss., 196; Sch/Sch/Lenckner[24], § 32, nm. 6 s., con ulteriores citas.

[74] Como aquí Jescheck, AT[4], § 32 II 1 b; SK[5]-Samson, § 32, nm. 18; Blei, AT[18], § 39 II 4.

medios defensivos los medios objetivamente eficaces que permitan esperar con seguridad la eliminación del peligro." Por tanto, en primer lugar la defensa ha de ser idónea [75]: si a alguien que me agrede físicamente, yo en pago le rajo los neumáticos de su automóvil, ello no está amparado por legítima defensa. En segundo lugar debe ser el medio más benigno posible: quien pueda repeler al agresor con sus puños o a patadas, no puede echar mano al cuchillo o al revólver; y quien pueda intimidar al agresor amenazándole con un arma contundente o de fuego o mediante un disparo de advertencia, no puede disparar sin más.

Ahora bien, el principio del medio menos lesivo resulta relativizado por el **42** hecho de que el agredido no tiene por qué correr ningún riesgo. Por tanto no es preciso arriesgarse a luchar con los puños si no se está seguro de poder salir sin heridas; y tampoco es preciso efectuar un disparo de advertencia cuando sea posible, si no tiene éxito, ser víctima de la agresión. Sin embargo, es equívoca la fórmula frecuentemente utilizada en la jurispr. reciente de que el agredido puede elegir el medio defensivo a su alcance "que permita esperar la eliminación inmediata y definitiva del peligro. Por principio no está obligado a recurrir a medios defensivos menos peligrosos si es dudosa su eficacia para la defensa" (BGH GA 1968, 182; BGHSt 24, 358; BGH NStZ 1982, 285; 1983, 117; 1988, 408 s.; NJW 1989, 3027; StrV 1990, 543; y muchas más). Pues entonces no habría nunca que amenazar con emplear las armas o que hacer un disparo de advertencia, ya que nunca se estará seguro de que eso le impresione al agresor. Realmente la cuestión depende de si tras la advertencia o tras interponer un medio defensivo menos peligroso, y en caso que esto no tenga éxito, sigue siendo posible una defensa segura con un medio más duro; en tal caso habrá que utilizar primero medios de contención más considerados aunque siga siendo dudosa su eficacia. Ello rige sobre todo respecto del empleo de armas de fuego (BGH NStZ 1987, 172): Sólo cuando las advertencias y otras medidas defensivas más benignas impliquen peligros para el agredido, podrá éste elegir un medio defensivo más duro, pero seguro [76]. Por eso, ante agresores especialmente peligrosos (p.ej. ante un amenazante peligro para la vida procedente de unos brutales matones) puede estar justificado efectuar

---

[75] Fundamental sobre el elemento de la idoneidad, descuidado u olvidado en la doctrina, Warda, Jura 1990, 344, 393.

[76] Sobre la problemática de los disparos de advertencia es instructiva la tan discutida sent. LG München I NJW 1988, 1860 (= NStZ 1989, 25). Sobre ella: Schroeder, JZ 1988, 567; Beulke, Jura 1988, 641; Mitsch, NStZ 1989, 26; Puppe, JZ 1989, 728. En ese caso, tras una advertencia sin resultado el sujeto había disparado directamente a las piernas del ladrón que huía con el botín, pero el LG München I no lo consideró necesario porque antes debería haber hecho un disparo al aire. Pero esta solución no es correcta en estos casos; pues si el disparo de advertencia tampoco tiene éxito, el ladrón habrá huido tan lejos que entonces un disparo directo contra él ya no puede impedir con seguridad el resultado y además sería mucho más peligroso para el ladrón. Sobre los problemas, también vinculados a ese caso, de *error in persona* y de *aberratio ictus*, Mayr, 1992.

disparos mortales aunque no se haya hecho antes la advertencia de usar las armas o no se haya efectuado un disparo de aviso (BGH StrV 1986, 15).

43 Ejemplos tomados de la praxis: El titular de una vivienda puede apuñalar con un cuchillo a un hombre ebrio que se ha introducido por la noche en su vivienda; dado que defenderse con un bastón no hubiera tenido éxito y que el perro pastor, aún joven y juguetón, no estaba adiestrado para enfrentarse al hombre, el dueño de la casa no tiene por qué utilizar esos medios (BGH GA 1956, 49). Si un sujeto grita a otro que le va a matar y le agrede con los puños, éste puede defenderse con un puñal —aunque tenga consecuencias mortales—; el agredido sólo tendrá que limitarse a una defensa con sus puños "si físicamente es tan superior a su agresor que esa clase de defensa le puede garantizar un éxito seguro en su rechazo" (BGHSt 24, 358). En cambio, un boxeador experimentado, aunque no tiene que conformarse con parar permanentemente los puñetazos de una persona inexperta en boxeo, sin embargo no puede lesionarle mortalmente con un golpe dirigido directamente a la cara con tal fin, sino que tiene que advertir al agresor de sus dotes especiales y, si eso no basta, obligarle a parar con golpes poco peligrosos (cfr. BGHSt 26, 256). Por otra parte, quien es agredido por tres hombres que dicen que "va a correr sangre" también puede, una vez que ha sido inútil un disparo de advertencia, efectuar disparos mortales a los agresores sin tener que intentar primero un disparo a las piernas de dudosa eficacia (BGHSt 25, 229). Igualmente una persona, a la que un hombre de 130 kg de peso y físicamente mucho más fuerte la sujeta por los brazos y le golpea en la cara y en la nuca, puede liberarse mediante una cuchillada mortal (BGHSt 27, 336). Quien es atacado por dos hombres, uno de los cuales tiene un cuchillo en la mano, con peligro para su vida, puede igualmente —tras una advertencia en vano— dar cuchilladas mortales (BGH NStZ 1981, 138). Y si un agresor no hace caso a una advertencia y se abalanza sobre su víctima alzando ante su cara un taburete de bar, el agredido puede disparar al agresor cuando éste estaba a punto de alcanzarle; y no está "obligado a disparar primero al techo, a echar a un lado la... silla, a pedir ayuda al encargado" o a "golpear con el arma" al agresor (BGH NStZ 1982, 285), pues a la vista de la proximidad del agresor todos esos medios ya no podían preservarle con seguridad de sufrir lesiones.

44 También entran dentro de lo necesario los efectos no queridos de una acción defensiva cuando sean la consecuencia típica y adecuada de una acción necesaria para la defensa. Así, si el medio defensivo necesario es un puñetazo en la cara y el agresor pierde por ello varios dientes, esa pérdida de dientes sigue estando justificada por legítima defensa aunque no fuera querida. Si una persona sale en defensa de otro que es agredido con peligro para su vida por varias personas y, a falta de otras armas a las que recurrir, golpea con una pistola cargada a uno de los agresores, también está amparada por legítima defensa la muerte del agresor que se produce por escapársele un disparo sin

querer (BGHSt 27, 313); pues esa consecuencia se produce por la peligrosidad del medio defensivo permitido y está justificada junto con el mismo. Si un golpe defensivo dirigido al brazo izquierdo del agresor se convierte sin pretenderlo en un gancho a la mandíbula, ello sigue estando dentro del marco de la legítima defensa (BayObLG NStZ 1988, 408 s.). Por tanto, la cuestión de una posible responsabilidad por imprudencia del defensor sólo se planteará si una acción defensiva en sí misma necesaria provoca una consecuencia no querida y que ya no es adecuada. Así sucedió en BGHSt 25, 229, en que por falta de cuidado un disparo de advertencia justificado alcanzó mortalmente a un agresor. Pero también en estos casos sigue admitiendo con razón el BGH que la defensa era necesaria "si el agredido emplea voluntariamente medios defensivos menos duros que los necesarios para repeler la agresión y causa de ese modo un resultado que habría podido lícitamente provocar dolosamente si hubiera agotado la defensa que deba considerarse necesaria". Como en la situación concreta (cfr. su descripción en nm. 43) ya se había hecho un disparo de advertencia sin resultado, el defensor no tenía por qué efectuar un segundo disparo así, sino que podía disparar directamente al agresor aceptando la posibilidad de matarlo. Pero entonces el homicidio imprudente también se mantiene aún dentro del marco de lo necesario. Por tanto, sólo será punible por el § 222 si lo único que se hubiera podido considerar como defensa necesaria en ese momento hubiera sido un disparo de advertencia [77].

Lo que sea necesario para la defensa es algo que debe juzgarse según baremos objetivos. Quien en su excitación considera necesario un disparo, sin darse cuenta de que podía haber impedido la agresión exactamente igual cerrando la puerta de entrada, obra sólo en legítima defensa putativa. Sin embargo la medida de la defensa necesaria debe determinarse *ex ante*, concretamente según el juicio de un tercer observador sensato [78]. Por tanto, si un gángster lleva a cabo una toma de rehenes con una pistola descargada, matarle con disparos será una defensa necesaria para repeler esa agresión a la libertad de actuación de los rehenes; pues un tercero que juzgue objetivamente la situación también tiene que contar *ex ante* seriamente con la posibilidad de que la pistola esté cargada, y el defensor no tiene por qué correr un riesgo. Esta interpretación del elemento de la necesidad conduce al resultado políticocriminalmente deseable de que los errores objetivamente invencibles sobre la necesidad del medio defensivo serán en perjuicio del agresor y por tanto 45

[77] Algunos autores pretenden justificar todos los efectos no intencionados de las acciones defensivas necesarias: así Jescheck, AT[4], § 32 II 2 b; Schmidhäuser, StuB AT[2], 6/72; Geilen, Jura 1981, 315. Pero no se comprende por qué iba a tener que ser impune el exceso imprudente en la legítima defensa a diferencia de las restantes acciones imprudentes (cfr. críticamente R. Schmitt, JuS 1963, 64 ss.; Roxin/Schünemann/Haffke, Klausurenlehre, [4]1982, 58).

[78] BGH NJW 1969, 802; Jescheck, AT[4], § 32 II 2 b; Welzel, StrafR[11], 86 [= PG, 1987, 125; N. del T.]; Bockelmann, Dreher-FS, 1977, 247.

no cambian para nada la necesidad. Lenckner [79] pretende emplear el juicio objetivo *ex ante* sólo para circunstancias de futuro, no para las ya "dadas" en el momento de la defensa, por lo que en el ejemplo de la toma de rehenes tendría que negar la necesidad. Pero eso es injusto: pues la protección de la legítima defensa sólo será suficiente si ampara toda medida que sea necesaria sobre la base del supuesto de hecho reconocible; y además esa distinción es difícilmente practicable, puesto que toda futura evolución de los hechos procede de circunstancias ya concurrentes en el momento presente.

46 La necesidad de la defensa no está vinculada a la proporcionalidad entre el daño causado y el impedido. Así pues, quien sólo puede escapar de una paliza apuñalando al agresor, ejerce la defensa necesaria y está justificado por legítima defensa aunque la lesión del bien jurídico causada con el homicidio sea mucho más grave que la que se hubiera producido con la paliza. O p.ej. también puede ser "necesario" disparar al ladrón que huye, si ése es el único medio para preservar la propiedad. De lo contrario, "como regla estaría excluida totalmente la legítima defensa frente al ladrón en cuanto tuviera que llevarse a cabo mediante ataques a la vida o integridad. Pero semejante consideración a la proporcionalidad entre los bienes es imposible que esté justificada allí donde debe protegerse al Derecho en la lucha contra el injusto" (RGSt 55, 85) [80]. Por tanto, es el principio del prevalecimiento del Derecho lo que legitima la renuncia a la proporcionalidad; y la nueva Parte general de 1975 tampoco ha introducido la proporcionalidad. Bien es cierto que actualmente en casos especiales, p.ej. ante agresiones totalmente insignificantes, se exige con razón una cierta proporcionalidad (cfr. ya nm. 2); pero tales "restricciones ético-sociales" no son un problema de la "necesidad" conforme al § 32 II, sino que afectan al "carácter requerido (o indicado)" de la legítima defensa en virtud del § 32 I (sobre ello nm. 51 ss.). En el célebre caso de laboratorio en que un anciano inválido sólo puede defenderse frente a un muchacho que le está hurtando una manzana derribándolo del árbol de un disparo, ese disparo será por lo dicho, si no existe ningún otro medio, efectivamente necesario para la defensa; pero un ejercicio así de la legítima defensa supone un abuso del derecho y por eso no está "requerido o indicado". Pero la proporcionalidad no influye absolutamente para nada en la necesidad como tal.

46a Frente a esta opinión unánime, Bernsmann, ZStW 104 (1992), 326, sostiene la tesis, que deriva de la obligación estatal de proteger la vida, de que sólo puede haber un derecho a matar en legítima defensa "cuando o bien el agresor ataca la vida del agredido, o bien las consecuencias de la agresión producirían una disminución duradera del valor de la vida" (p.ej. en caso de lesiones del § 224, o de privaciones de libertad de larga duración, torturas o agresiones a

[79] Sch/Sch/Lenckner[24], § 32, nm. 34.
[80] Cfr. además RGSt 69, 310; 72, 58; BGH GA 1968, 183; 1969, 24.

la integridad sexual). Aunque también es cierto que en los restantes casos (p.ej. en el ejemplo de la paliza, *supra* nm. 46) sostiene que el agredido quede impune conforme al § 33, extendiendo ese precepto a los estados pasionales esténicos (cfr. al respecto § 22, nm. 75 ss.). En contra de esta solución habla el hecho de que da lugar a problemas de delimitaciones casi insolubles (¿cómo va a poder juzgar de antemano el agredido la gravedad del daño que le amenaza?), y también que una impunidad en virtud del § 33 en el sentido propuesto aún protege menos la vida del agresor que la anterior interpretación del § 32, ya que la exculpación incluso de los estados pasionales esténicos llevaría a que la gente se tomara la justicia por su mano, lo que es sumamente peligroso a efectos de psicología social (cfr. § 22, nm. 76).

Tampoco obsta a la necesidad de la defensa concreta el que el agredido **47**
pudiera escapar corriendo y sustraerse así a la agresión, pues el § 32 permite la defensa necesaria para repeler la agresión y escapar corriendo no es repeler la agresión. Por consiguiente, quien podría huir estará pese a ello amparado por legítima defensa si hace frente a la agresión y lesiona al agresor obligado por la necesidad. Si hubiera que huir ante las agresiones, los camorristas y matones tendrían en sus manos el poder expulsar a los ciudadanos pacíficos de todos los sitios donde quisieran imponer su dominio; y eso sería incompatible con el principio del prevalecimiento del Derecho y del orden legal pacífico. La jurispr. antigua oscurecía ese principio porque, aunque por una parte destacaba que no se le puede exigir a nadie "una fuga vergonzosa", por otra parte le exigía esquivar a quien estuviera en condiciones de hacerlo "sin renunciar en algo a su honor y sin ver lesionados de otro modo sus intereses" (RGSt 66, 245) [81]. Lo que hay de correcto en esa posición es que existen casos en que hay que esquivar (p.ej. ante agresiones de enfermos mentales o ante agresiones provocadas culpablemente); pero no es verdad que en esos casos no sea necesaria una defensa para repeler la agresión, sino que por razones ético-sociales hay que renunciar a las medidas necesarias para la defensa, por lo que la legítima defensa no está "requerida o indicada" (§ 32 I). Así pues, al igual que en el supuesto del deber de observar la proporcionalidad, en el caso del deber de esquivar la *sedes materiae* no es la necesidad, sino el carácter requerido o indicado de la defensa. Sólo sucede algo distinto cuando esquivar no signifique huir: Así, quien pueda esquivar un puñetazo agachándose o saltando a un lado y vencer a continuación a su oponente con las manos, no puede disparar en ese momento; y asimismo habrá que intentar ponerse a cubierto si desde allí es posible repeler la agresión de un modo menos lesivo.

En cuanto a buscar la ayuda de terceros, tampoco es necesario si equivale **48**
a una huida y le deja de momento el dominio de la situación al agresor. Pero

---

[81] Cfr. las amplias indicaciones jurispr. de LK[11]-Spendel, § 32, nm. 231 ss.; Sch/Sch/Lenckner[24], § 32, nm. 40.

por otra parte, si en las proximidades inmediatas hay personas dispuestas a ayudar, habrá que servirse de ellas. Si alguien se abalanza sobre otra persona más débil para darle una paliza, ésta no podrá defenderse disparándole cuando con la ayuda de otras personas (p.ej. en un local público) sea posible acabar con la agresión de un modo más moderado: pues defenderse mediante el auxilio de terceros también es una forma de repeler la agresión, o sea de defensa; la legítima defensa no está destinada a probar la fuerza y el coraje del agredido y a dar una lección a todos los agresores. Naturalmente, lo dicho rige sobre todo si quien está próxima es la policía, que precisamente está destinada a hacer prevalecer el Derecho [82], pero también ha de regir en los restantes casos. Es cierto que no es raro que ocurra que los particulares que podrían actuar en legítima defensa de un tercero se quieran mantener al margen de la pelea y sólo estén por allí por curiosidad; entonces el agredido podrá actuar con sus propias fuerzas y no tiene que pedir ayuda durante mucho tiempo o repetidamente. Sin embargo, la jurispr. reciente está admitiendo que se renuncie al auxilio de terceros demasiado rápidamente. Así en el caso BGH NJW 1980, 2263, un alumno de 18 años había apuñalado y matado a un compañero que le agredía, y el BGH aprobó que el agredido no hubiera avisado a ningún profesor de su situación, porque "una conducta así hubiera sido un inexigible no dar la cara y una huida denigrante". Esto es ir demasiado lejos [83], ya que, si con ayuda de un profesor se puede impedir la agresión y preservar el Derecho, no puede ser lícito destruir una vida humana por mor de un concepto rabioso del honor. En la sent. BGH JZ 1984, 529, una mujer mató a cuchilladas a su marido que la agredía, mientras el amante estaba sentado en la habitación contigua; aquí es dudoso en todo caso si no debería haber pedido ayuda al amante al comienzo del enfrentamiento fáctico [84].

49 Los dispositivos de autoprotección u *offendicula* (perros feroces, disparos automáticos, cepos, cebos envenenados [85]) pueden ser una defensa necesaria. Pero en primer lugar, el riesgo perjudicará a quien se sirva de tales medios peligrosos; por tanto, si un excursionista inofensivo es lesionado por algún ofendículo, las consecuencias recaerán sobre el que se proteja de ese modo. Y en segundo lugar, los dispositivos de autoprotección peligrosos para la vida en la práctica no son necesarios casi nunca: no se estará justificado si se colocan disparos automáticos o minas explosivas cuando hubiera bastado para

---

[82] RGSt 32, 391. Seebode, F.-W. Krause-FS, 1990, 384 ss., considera que sólo excepcionalmente se da una subsidiariedad de la legítima defensa privada frente a la repulsión de los peligros por la autoridad.

[83] Cfr. tb. la crítica de Arzt, JR 1980, 211.

[84] Dándole la razón al BGH Spendel, JZ 1984, 507.

[85] Así la enumeración de Jescheck, AT[4], § 32 II 1 d.

la defensa un dispositivo de alarma, descargas eléctricas ligeras o a lo sumo un perro [86].

En el caso del chantaje, si una persona a falta de otros medios procede violentamente contra el chantajista, no falta la necesidad de tal defensa [87]: pues ignorar la amenaza no sería una defensa, ya que con ello sólo se reforzaría la presión sobre la libertad de actuación de la víctima; y tampoco sería una defensa la denuncia, porque ésta no garantiza el secreto de los hechos comprometedores, con cuya revelación se amenaza. Sin embargo la víctima no puede matar clandestinamente al agresor aunque ello fuera necesario para acabar con el chantaje; pero de nuevo esto es un problema de si tales medidas defensivas están "requeridas o indicadas" y entra en el contexto de las restricciones ético-sociales (cfr. nm. 87 s.). **50**

VIII. La cualidad de legítima defensa requerida o indicada

No toda defensa necesaria es también "requerida o indicada" (*"geboten"*) en el sentido del § 32 I, o sea, permitida. Si alguien mata de un tiro a un niño para impedir un hurto de fruta, ello podrá ser necesario para repeler la agresión si no se puede preservar de otro modo la propiedad. Pero que no se puede permitir una defensa semejante, es algo que todo el mundo reconoce al menos en un supuesto tan craso como éste. El legislador de la Parte general de 1975 ha querido conseguir tales "restricciones ético-sociales" del derecho a la legítima defensa volviendo a introducir expresamente en el § 32 I el elemento, que se había suprimido en el P 1962, de la "cualidad de requerida (o indicada)" (*"Gebotenheit"*). En la exposición de motivos de la Comisión especial, a la que se debe la actual formulación legal, se afirma [88]: "En opinión de la comisión, por razones ético-sociales el derecho de legítima defensa precisa una limitación mediante la cual se excluyan casos que no merecen justificación. Así ocurre por ejemplo en caso de defensa frente a agresiones de niños y enfermos mentales, en los que incluso según las concepciones axiológicas generales se puede evitar la 'agresión' mediante la fuga, sin que el sujeto vea por ello menoscabado en nada su honor. Además hay que pensar en 'agresiones' que sean tan insignificantes que se pueda exigir soportarlas. A éstos se añaden los casos en los **51**

---

[86] Para más detalles sobre esta problemática LK[11]-Spendel, § 32, nm. 248 ss.; Jakobs, AT[2], 12/35. Kunz, GA 1984, 539, requiere para la necesidad que "junto con el dispositivo defensivo automático se adopten exhaustivamente precauciones para lograr una defensa más considerada. La necesidad de la contradefensa automática ha de demostrarse por la persistencia y tozudez de un agresor a quien otros medios opuestos menos duros de advertencia y disuasión no le hacen desistir de continuar su ataque".

[87] Como creen Arzt (MDR 1965, 344) y Baumann (MDR 1965, 346); en contra Roxin/Schünemann/Haffke, Klausurenlehre, [4]1982, 73; Amelung, GA 1982, 386 s.

[88] BT-Drucks. V/4095, 14.

que el propio 'defensor' hubiera provocado la 'agresión'. La reintroducción de la exigencia de estar requerida o indicada *(Gebotensein)* pretende abrir la posibilidad de negar la justificación en dichos casos".

52 Algunos autores consideran inconstitucionales las restricciones ético-sociales de la legítima defensa, ya que según ellos de ese modo se amplía la responsabilidad penal del agredido en contra del tenor literal del § 32, y ello supondría una vulneración del [principio de legalidad penal constitucionalmente consagrado en el] art. 103 II GG [89]. Pero esta posición no es correcta. En primer lugar, el límite del tenor literal no rige en absoluto en las causas de justificación [90]. Pues en su mayor parte las mismas no contienen una materia específicamente penal: a menudo proceden de otros campos del Derecho o valen también para ellos, y también son susceptibles de justificar una conducta que sólo infrinja normas civiles o de Derecho público. Y ya por eso su interpretación no puede seguir las mismas reglas que las de los tipos, limitados al Derecho penal, sino que deben interpretarse desarrollando los principios ordenadores sociales en los que se basan (cfr. § 14, nm. 41 s.), o sea, en el caso de la legítima defensa según las exigencias del principio de protección y del de prevalecimiento del Derecho; por eso es una interpretación legítima y fiel a la ley restringir la legítima defensa allí donde la necesidad del prevalecimiento del Derecho sea menor que de ordinario. Pero es que además las restricciones ético-sociales a la legítima defensa ni siquiera chocan con el tenor literal del § 32: pues según la inequívoca declaración de los materiales legislativos, el elemento de la "cualidad de requerida o indicada", introducido específicamente para ese fin, debe amparar esas restricciones [91].

53 Es cierto que el elemento de la "cualidad de requerida o indicada" sería demasiado impreciso si de la ley no se pudieran extraer criterios para determinar cuáles son los presupuestos por los que una acción en sí misma necesaria para la defensa excepcionalmente no se debe permitir. Pero dichos criterios sí que se derivan, como aún habrá que exponer, de los límites inmanentes que el propio principio del prevalecimiento del Derecho le marca al derecho a la legítima defensa [92]. Por eso no tiene razón Spendel [93] cuando, refiriéndose a las restricciones ético-sociales, habla de un "lema difuso" y que

---

[89] Kratzsch, 1968; idem, GA 1971, 65; idem, JuS 1975, 435; Marxen, 1979, 27 ss.; Engels, GA 1982, 119 ss.; Seebode, F.-W. Krause-FS, 1990, 379 ss.; Koch, ZStW 104 (1992), 785; LK[11]-Spendel, § 32, nm. 308.

[90] Cfr. para más detalles ya *supra* § 5, nm. 42.

[91] Cfr. Courakis, 1978, 100.

[92] Cfr. Bitzilekis, 1984. Koch, ZStW 104 (1992), 818, 820 y *passim*, califica a las restricciones ético-sociales de principios ajenos a la legítima defensa, que carecen de base legal. Pero un principio general del Derecho penal, y por tanto también del derecho de legítima defensa, es que las intromisiones han de mantenerse dentro de lo necesario preventivamente. Y además en la ley se expresa claramente que este principio también rige para el derecho de legítima defensa (nm. 51, 52).

[93] LK[11]-Spendel, § 32, nm. 308.

"sólo conduce al ablandamiento y la inseguridad en el derecho de legítima defensa"; eso no es cierto, ya que es posible decir muy claramente en qué grupos de casos se puede renunciar a la plena dureza del derecho a la legítima defensa. Y si en ellos se quisiera admitir la legítima defensa hasta llegar al homicidio o a las lesiones graves, pese a que eso no es estrictamente necesario para la protección del agredido, no sería totalmente infundado el tan citado calificativo de "moral homicida" [94] para el derecho alemán de legítima defensa. ¡Piénsese además en que casi todos los ordenamientos jurídicos extranjeros sólo permiten la legítima defensa de una forma restringida caso por caso y adecuada a las circunstancias [95]!

En la jurispr. y la doctrina muchas veces las restricciones ético-sociales del 54
derecho de legítima defensa se revisten también de otras formas terminológicas [96]. Así frecuentemente se tratan como equivalentes los conceptos de "necesidad" en el § 32 II y de "estar requerida (o indicada)" en el § 32 I, por lo que una defensa realmente precisa para repeler la agresión, pero no requerida o indicada por razones ético-sociales, se califica como no "necesaria". Pero la verdad es que, después de que la nueva regulación legal ha separado y destacado el elemento de estar requerida o indicada del de la necesidad y le ha asignado al primero la función de restricción, debería abandonarse el antiguo y confuso uso del lenguaje, que mezcla dos consideraciones totalmente distintas. La cuestión es distinta cuando se trata del extendido empleo de la idea del abuso del derecho en los casos de defensa no requerida o indicada éticosocialmente: Si a una forma de defensa necesaria para repeler la agresión, pero prohibida por razones ético-sociales, se le llama abuso del derecho, no hay nada que objetar [97]; sólo que ello no proporciona ningún criterio de contenido que vaya más allá del de no estar requerida o indicada. Qué defensa no está requerida y por eso es en su caso un abuso del derecho, es algo que sólo se puede deducir de los propios principios básicos del derecho de legítima defensa [98]. Una restricción debe plantearse en cinco grupos de casos, que se van a discutir a continuación.

1. La agresión no culpable o con culpabilidad sustancialmente disminuida

Las agresiones no culpables también dan derecho a la legítima defensa (cfr. 55
nm. 10), pero el interés en el prevalecimiento del Derecho es sustancialmente

[94] Geyer, 1877, 94.

[95] Cfr. la exposición de Jescheck, AT^4, § 32 VII, y Courakis, 1978, 62 ss.

[96] Cfr. p.ej. las indicaciones de Sch/Sch/Lenckner^{24}, § 32, nm. 44, 46. Ofrece una panorámica didácticamente brillante sobre el estado de las opiniones (con conclusiones similares a las aquí expuestas) Kühl, Jura, 1990, 244.

[97] De otra opinión Jakobs, AT^2, 12/46, n. 101, con ulteriores citas.

[98] Detalladamente Roxin, ZStW 93 (1981), 68 s. [= Las "restricciones ético-sociales" al derecho de legítima defensa, trad. de J. M. Gómez Benítez, CPC 1982, 297 ss.; N. del T.].

menor que en el caso normal. Es verdad que, pese a renunciarse totalmente a la pena en esos casos, aún se puede seguir defendiendo el Derecho frente al injusto; pero esa defensa ha de mantenerse en los límites que exige una protección del agredido guiada por la consideración social. Cuando se renuncia a la prevención por medio de la pena, también coincide con el contexto de valores del ordenamiento jurídico limitar asimismo la prevención por medio de la legítima defensa a la medida que es sencillamente imprescindible para la protección del agredido. De ahí se derivan tres topes que hay que observar en la defensa frente a agresiones de niños, enfermos mentales, ebrios sin sentido, personas que obren en error invencible, en estado de necesidad disculpante, en exceso disculpado en la legítima defensa o en cualquier otra situación de inculpabilidad [99]:

56 (a) El agredido tiene que esquivar cuando sea posible hacerlo sin peligro y mediante una defensa se le habrían de causar daños graves al agresor. Por tanto, se puede p.ej. empujar a un lado al agresor enfermo mental; pero no está "requerido o indicado" matarlo de un disparo cuando sería posible sustraerse sin peligro a la agresión. También es lícito darle "una simple bofetada" a un niño para impedir sus insultos contra extranjeros (BayObLG NStZ 1991, 433); pero no se le pueden causar lesiones de consideración.

(b) Hay que buscar el auxilio ajeno si con ello se puede repeler con menos dureza la agresión. Por tanto, quien frente a una horda de niños pueda llamar al maestro o a la policía, no podrá defenderse con el cuchillo.

(c) Cuando no se pueda ni eludir la agresión ni conseguir ayuda, se puede hacer lo necesario para protegerse también frente a agresores no culpables; pero a diferencia de lo que sucede frente al agresor malicioso, hay que tener consideraciones si eso es posible sin un peligro propio considerable. Por tanto hay que asumir el riesgo de sufrir daños leves (v.gr. algunos golpes) antes de pasar de la defensa con los puños al uso de armas de fuego. Sin embargo ese deber de "trato considerado arriesgado" tiene límites estrictos: pues nadie tiene por qué dejarse apalear aunque sea por un enfermo mental o por un menor no responsable penalmente.

57 También en la jurispr. reciente se reconocen en principio las restricciones a la legítima defensa frente a agresores inculpables, aunque aún no es perceptible una línea clara en los detalles [100]. En la doctrina, aunque en caso de

---

[99] Ampliamente discr. Wagner, 1984, 80 ss., respecto de agresiones de enfermos mentales y personas que obren en error no culpable. Igual que aquí Rudolphi, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 395, invocando el "principio de responsabilidad", según el cual la defensa desproporcionada, pero necesaria frente a peligros sólo es admisible en la medida en que el "agresor" tenga que responder de éstos. Cuanto menos responsable sea el agresor de su actuación, tanto menor será naturalmente la necesidad preventivogeneral.

[100] Cfr. BGHSt 3, 217; BGH MDR (D) 1975, 195; OLG Frankfurt VRS 40 (1971), 424; OLG Hamm NJW 1977, 590.

agresiones no culpables un sector niega ya la presencia de una "agresión" o su "antijuridicidad" (cfr. nm. 10, 16 ss.), predominantemente —aunque con matices en los detalles— se comparte la posición aquí defendida. Unicamente Spendel [101] rechaza cualquier restricción a la legítima defensa; pero cuando dice que no es preciso "tener ninguna consideración especial con agresores no culpables sólo porque sean menores o estén ebrios", está desconociendo la graduabilidad del interés en el prevalecimiento del Derecho y la voluntad expresa del legislador (cfr. nm. 51).

No está suficientemente aclarada la cuestión de si las indicadas restricciones de la legítima defensa también rigen cuando el agresor actúa culpablemente, pero con una culpabilidad sustancialmente disminuida. Así ocurre p.ej. si un borracho no es inimputable pero actúa bajo los presupuestos del § 21 [semi-imputabilidad], o si alguien agrede a otro sin hostilidad al Derecho en un error de prohibición vencible, o también en caso de acciones peligrosas imprudentes. A veces se rechaza en tales casos una restricción de la legítima defensa [102] o se exige sólo "una cierta proporcionalidad" [103] entre agresión y defensa. Pero con la opinión predominante también deben guardarse en esos casos los límites a la legítima defensa que rigen frente a agresiones inculpables; pues la sustancial rebaja de la sanción penal prueba ya un menor interés en el prevalecimiento del Derecho y exige consideraciones. Además cualquier otra solución sería impracticable: el agredido podrá darse cuenta en muchos casos de si el agresor manifiesta anomalías psíquicas, actúa sin dolo o cree actuar lícitamente, pero no será capaz de juzgar si su culpabilidad está excluida o sólo sustancialmente atenuada. 58

2. La agresión provocada antijurídicamente por el agredido [104]

Una posición especial le corresponde a la provocación intencional, que es muy discutida pero en la práctica casi no se da o al menos no se puede demostrar. Hay provocación intencional cuando alguien provoca a otro a que realice una agresión, para poderle dañar bajo la protección de la legítima defensa: p.ej. un sujeto injuria a otro para incitarle a una agresión violenta y matarle de un disparo repeliendo esa agresión. La doc. dom. [105] excluye en tal caso totalmente la legítima defensa por considerarla un abuso del derecho y sostiene la responsabilidad penal del agredido por el daño doloso al agresor. Esta posición debe compartirse, pero con la salvedad de que ha de tratarse 59

[101] LK[11]-Spendel, § 32, nm. 309.
[102] Krause, Bruns-FS, 1978, 84 ss.
[103] Sch/Sch/Lenckner[24], § 32, nm. 52.
[104] Para más detalles Roxin, ZStW 75 (1963), 541 ss.; Bertel, ZStW 84 (1973), 1 ss.; Roxin, ZStW 93 (1981), 88, 85 ss. [= CPC 1982, 313, 310 ss.; N. del T.].
[105] Tb. la jurispr.: RG DR 1939, 364, n.° 11; HRR 1940, n.° 1143; BGH NStZ 1983, 452; cfr. al respecto Lenckner, JR 1984, 206; Berz, JuS 1984, 340.

de una provocación antijurídica [106]. Quien actúa conforme a Derecho, p.ej. como policía o agente judicial en el ejercicio de su cargo, conserva plenamente su derecho a la legítima defensa incluso aunque espere provocar al afectado con su intervención cumpliendo su deber y poder quitárselo de en medio en legítima defensa: pues lo único que se exige es que las personas se comporten de modo conforme a Derecho; y al Derecho le es indiferente con qué intenciones lo hagan, por lo que el derecho de legítima defensa tampoco se puede ver afectado por eso. Pero en cambio, quien con una conducta antijurídica provoque a otro a cometer una agresión con intención de dañarle, no puede ampararse en legítima defensa [107]: en efecto, por una parte no necesita protección frente a la autopuesta en peligro dolosa que él mismo ha preparado con su conducta antijurídica [108]; y además él no hace prevalecer el Derecho cuando como provocador antijurídico únicamente está poniendo en escena una agresión con fines dañinos.

60 Algunos autores [109] consideran que el provocador intencional conserva plenamente el derecho de legítima defensa, aduciendo a favor de esto que la provocación no le quita la antijuridicidad a la agresión y que por eso no se puede dejar sin protección al agredido. Pero según criterios normativos la aparente defensa es una agresión antijurídica enmascarada abusivamente con el derecho de legítima defensa, y no hay ningún motivo para otorgar efectos jurídicos a esa manipulación. Es cierto que desde la perspectiva aquí sostenida ambas partes, tanto el provocador como el provocado, actúan antijurídicamente y responden penalmente de sus realizaciones típicas; pero desaprobar la conducta de ambos es perfectamente posible en el aspecto lógico y está indicado teleológicamente.

61 Otros pretenden obligar al provocador intencional a esquivar y a soportar ligeros daños, pero dejarle por lo demás intacto su derecho a la legítima defensa: "Si es imposible esquivar, incluso el provocador ha de poder actuar en legítima defensa, porque el Derecho no le puede poner en la situación sin salida de, o bien entregar su vida e integridad al agresor sin contradefensa, o tener que incurrir en responsabilidad penal" [110]. Pero el agresor no percibirá

---

[106] Sin embargo, ello no se puede trasladar sin más al caso de una provocación intencional del tercero defensor, Mitsch, GA 1986, 533.

[107] Neumann, 1985, 142 ss. (178), habla en este caso de una regla dogmática "de segunda instancia (grado)": en primera instancia se han cumplido los requisitos de la legítima defensa, pero a la "instancia básica" se le superpone una "metainstancia", que prohíbe defenderse con el argumento de la legítima defensa; cfr. tb. Neumann, GA 1985, 389.

[108] Así tb. Wagner, 1984, 69 ss.; Rudolphi, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 395 ("principio de responsabilidad").

[109] Bockelmann, Honig-FS, 1970, 28 ss. (31); W. Hassemer, Bockelmann-FS, 1979, 243; LK[11]-Spendel, § 32, nm. 281 ss.; Hillenkamp, 1981, 130; Mitsch, GA 1986, 545. Así tb. Kiefner, 1991, 58, pero proponiendo *de lege ferenda* que se castigue la provocación de la situación de legítima defensa mediante un tipo de delito de peligro.

[110] Jescheck, AT[4], § 32 III 3 a; Sch/Sch/Lenckner[24], § 32, nm. 57.

la situación como algo "sin salida", sino como el resultado deseado de su plan manipulador. Y atender a la falta de posibilidad de huida es inadecuado teleológicamente: pues ¿por qué va a tener que conservar el provocador el derecho de legítima defensa sólo porque no puede hacer lo que no quiere hacer en absoluto?

Y por último otros consideran subsistente el derecho a la legítima defensa 62
siempre [111] o al menos si falta la posibilidad de esquivar [112], pero hacen responder penalmente al provocador por la provocación culpable de la situación de legítima defensa como autor doloso del resultado causado por él (construcción denominada *actio illicita in causa*). Esta solución, que acaba llegando al mismo resultado (punición del provocador intencional) defendido *supra* (nm. 59), no puede convencer en su construcción; pues, si p.ej. el provocador mata de un disparo al provocado conforme a su plan para repeler la agresión, tal construcción obliga a admitir que una y la misma acción (el disparo) es tanto jurídica como antijurídica: jurídica o conforme a Derecho en cuanto legítima defensa, y antijurídica en cuanto consumación de un delito de homicidio doloso puesto en marcha por la *illicita causa.* Esto es contradictorio, y en el aspecto constructivo un rodeo generador de confusión: pues si se castiga —con razón— al provocador por un delito doloso, la aprobación de la legítima defensa no es más que aparente [113].

Con mucho, la mayor importancia en la práctica la tienen aquellas provo- 63
caciones que no pretenden suscitar una agresión del provocado para lesionarle bajo el manto protector de la legítima defensa, pero que sin embargo desencadenan una agresión antijurídica. La constelación clásica es la de que A injuria a B y éste se dispone a apalear a A; con lo cual B comete una agresión antijurídica, pues él no está amparado por legítima defensa, porque la injuria de A ya no era actual. ¿Le está permitido entonces a A, si no puede escapar de otro modo al apaleamiento, matar de un tiro a B? Hay acuerdo en que, a diferencia de lo que sucede en la provocación intencional, A no puede perder completamente el derecho a la legítima defensa; pues como el fin de su injuria no era provocar la agresión, necesita protección frente al ataque antijurídico [114]. Sin embargo, el interés en el prevalecimiento del Derecho es mucho

---

[111] P.ej. Schmidhäuser, StuB AT², 6/83; Baumann, AT⁸, 1977, § 21 I 3 b; en contra de la *actio illicita in causa* ahora Baumann/Weber, AT⁹, § 21 I 3 b.

[112] Así sobre todo Sch/Sch/Lenckner²⁴, § 32, nm. 57, y Haft, AT⁵, 81.

[113] Contra la construcción de la *actio illicita in causa* con muchas otras razones Roxin, ZStW 75 (1963), 545 ss.; idem, ZStW 93 (1981), 91 s. [= CPC 1982, 314 s.; N. del T.]; Constadinidis, 1981; Bitzilekis, 1984, 153 ss.; posición que sigue la opinión mayoritaria. Tb. la jurispr. rechaza la *actio illicita in causa* (BGH NJW 1983, 2267; NStZ 1988, 451). Realiza una defensa detallada de la *actio illicita in causa* Bertel, ZStW 84 (1972), 14-26. Engels, 1992, sostiene que se debe castigar al provocador en caso de defensa de terceros como autor mediato recurriendo a la *actio illicita in causa.*

[114] Wagner, 1984, 72 ss., rechaza en efecto cualquier restricción de la legítima defensa en estos casos.

menor de lo que hubiera sido ante una agresión para la que no se hubiera dado ningún motivo. El ejercicio del derecho pleno a la legítima defensa sólo está "requerido o indicado" cuando un tercero ajeno a la cuestión es víctima de una agresión antijurídica, pues tales acciones ponen en peligro el sentimiento de seguridad jurídica en la comunidad. En cambio, las agresiones provocadas suscitan mucha menos excitación en la población, ya que proceden de interacciones con culpa por ambas partes. El ciudadano se siente menos afectado y en peligro, porque se dice a sí mismo que él tiene en su mano la posibilidad de evitar tales situaciones mediante un comportamiento pacífico y adecuado [115]. Por eso aquí nuevamente sólo es preciso garantizar la protección del agredido dentro del marco de ese deber de consideraciones sociales, que exige sus derechos siempre que no se opongan a ello necesidades perentorias de prevención general. Por tanto, las tres restricciones al derecho de legítima defensa que había que efectuar en el grupo de casos de la agresión inculpable o con culpabilidad sustancialmente disminuida (cfr. nm. 56), también han de regir para la agresión provocada.

64 Esta concepción se defiende también en la jurispr. reciente. Ya antiguamente ante las agresiones provocadas se habían efectuado, en la mayoría de los casos desde el punto de vista de la falta de necesidad, restricciones a la legítima defensa [116], y éstas se han concretado y precisado en una serie de sentencias recientes. Según éstas, quien haya tenido la culpa de la agresión ha de esquivar, aunque ello constituya una fuga (BGHSt 24, 358; 26, 145). Tampoco puede poner en práctica una "defensa agresiva", o sea pasar a contraataques lesivos, en tanto sea suficiente una "defensa defensiva" que contenga al agresor (BGHSt 24, 358; 26, 145; BGH NStZ 1988, 269; 1992, 327; 1993, 133) [116a]. Y al hacerlo hay que soportar "daños y lesiones de poca entidad" (BGHSt 24, 359; 26, 145 s.). En cambio, tampoco tiene que tolerar una grave paliza quien sea co-culpable de la agresión (BGHSt 26, 145). Y el deber de contención considerada al repeler una agresión provocada tampoco dura ilimitadamente, sino que "se extingue en cuanto la forma de defensa más benigna utilizada por el defensor sea persistentemente ineficaz" (BGHSt 26, 256 s.). Quien le ha dado una patada a un coche con un zapato deportivo y es alcanzado por su conductor tras una huida inútil, puede, tras hacer una advertencia sin éxito, hacer un disparo mortal a corta distancia para repeler la agresión del perseguidor, que era más fuerte; pues en ese caso ya no existe un deber de contención (así —yendo muy lejos— BGH NStZ 1991, 32, con Com. de

---

[115] Discr. Bertel, ZStW 84 (1972), 12; Frister, GA 1988, 309 s.; Hinz, JR 1993, 353.

[116] Cfr. RGSt 71, 133; OLG Celle HannRpfl 1947, 15; OLG Kiel HESt 2, 206; OLG Braunschweig NdsRpfl 1953, 166; BGH MDR (D) 1958, 12 s.; OLG Neustadt NJW 1961, 2076 s.; BGH NJW 1962, 308. Los hechos de esas y de otras sentencias más antiguas se describen en Roxin, ZStW 75 (1963), 541 ss.

[116a] Crít. al respecto Matt, NStZ 1993, 271.

Rudolphi, JR 1991, 210). Dentro de las consecuencias de estas sentencias —aunque hasta ahora no ha habido que resolver sobre ello— entra el criterio de que el provocador debe solicitar ayuda de terceros si con ello puede escapar a la agresión o emplear una defensa más benigna. Si por el contrario es imposible escapar a la agresión esquivando o conseguir un medio defensivo menos peligroso, ante una amenaza grave también es lícito emplear un medio defensivo posiblemente mortal pese a que haya habido una provocación culpable (BGH NStZ 1988, 450; 1989, 113; MDR (H) 1989, 492; JR 1989, 160, con Com. de Hohmann/Matt).

Hasta ahora no se ha aclarado suficientemente la cuestión de qué carácter 65
ha de tener una conducta originadora de una agresión para que se la enjuicie como provocación que restringe la legítima defensa. Entretanto al menos se ha llegado a un acuerdo en que no se producirá ninguna restricción de la legítima defensa si la conducta que origina la agresión está requerida jurídicamente, justificada o al menos es impecable ético-socialmente. Sin embargo, al principio el BGH había resuelto de modo distinto (NJW 1962, 308): el dueño de una vivienda (W) se había enfrentado con un cuchillo a un agresor que le impedía con violencia la entrada a su propia vivienda (de W); y el BGH quería exigirle que hubiera esperado y esquivado, porque con su intento de entrar en su casa, avisando previamente que si era necesario entraría por la fuerza, había provocado la agresión. La sentencia ha sido rechazada de modo prácticamente unánime [117]; pues quien hace uso de su derecho también ha de poder defender ese derecho sin restricciones, siendo indiferente si hay o no un tercero que se siente provocado por la puesta en práctica de ese derecho. Y el propio BGH ha rectificado posteriormente en este sentido (BGHSt 27, 336): "una conducta previa no reprobable ético-socialmente del agredido tampoco puede dar lugar a una restricción de sus facultades de legítima defensa". En este caso un deudor había irritado a su acreedor porque no había devuelto un préstamo a su debido tiempo y finalmente había ofrecido pagar a través de un tercero; el BGH opina con razón que ésa "no es una conducta reprochable en el sentido de una provocación culpable" (loc. cit., 338) [118].

Pero tampoco se ha aclarado hasta ahora si una conducta provocadora que 66
restrinja la legítima defensa ha de ser antijurídica o si para ello basta con una conducta no antijurídica, pero sí desvalorada ético-socialmente. En la mayoría de los casos las provocaciones que generan agresiones antijurídicas son a su vez antijurídicas. Así sucede por ejemplo, si son injurias, maltratos de obra, allanamientos de morada, daños en cosas u otras perturbaciones de derechos

---

[117] Cfr. solamente las tomas de posición de Baumann, MDR 1962, 349 s.; Schröder, JR 1962, 187 ss.; Gutmann, NJW 1962, 286 ss.; Roxin, ZStW 75 (1963), 564 ss. (sólo Baumann aprueba en su resultado la sentencia del BGH).

[118] Igualmente BGH NStZ 1989, 474, con Com. de Beulke, JR 1990, 380; cfr. además BGH NStZ 1983, 117; 1993, 332.

(aunque éstos sólo estén protegidos por el Derecho privado, como la posesión o el derecho general de la personalidad) las conductas que dan lugar a agresiones antijurídicas del lesionado, que si no están amparadas por legítima defensa, es sólo porque la agresión que constituía la conducta previa ya no es actual. Pero también hay molestias, alusiones, faltas de tacto, burlas, etc., que no llegan a constituir lo que jurídicamente se puede calificar de injuria o de lesión del derecho general de la personalidad. ¿Se le deben restringir también sus derechos de defensa a quien enfada a otro de un modo jurídicamente no prohibible y le incita con ello a una agresión? Hasta este momento la jurispr. es poco clara. BGHSt 24, 359, requiere una conducta "jurídicamente reprochable", es decir que presupone una conducta previa antijurídica, que también se daba en el caso concreto (choque con el coche). BGHSt 26, 143, y BGHSt 26, 256, no adoptan un criterio firme. Y según BGHSt 27, 338, una provocación culpable es "una conducta previa que en una valoración razonable de todas las circunstancias del caso concreto permite considerar la subsiguiente agresión como una consecuencia adecuada y previsible de la infracción del deber por el agredido".

67 Lo correcto será exigir, para que una conducta previa restrinja la legítima defensa, que menoscabe de modo antijurídico un bien jurídico del lesionado [119]. Pues lo que por debajo del dintel de la antijuridicidad sea ético-socialmente reprobable es algo que ya no se puede abarcar con categorías jurídicas y por tanto sigue siendo algo demasiado vago. Además, no debería tener efecto restrictivo de la legítima defensa porque quien sólo merece una censura ético-social de todos modos se sigue moviendo en el terreno del Derecho. Lo que no está prohibido (p.ej. burlas no injuriosas) es algo que jurídicamente hay que tolerar o pagar con la misma moneda; si en vez de eso el sujeto se deja provocar a realizar una agresión, el defensor estará haciendo prevalecer sin duda el Derecho (aunque no la moral). Aparte de esto, habrá que exigir también que la conducta previa antijurídica guarde una estrecha conexión temporal y una adecuada proporción con la agresión que provoca [120]. Quien ha injuriado a otro no tendrá restringidas sus facultades de legítima defensa si el injuriado le ataca un año después; y quien es culpable de unos daños leves y es objeto de una reacción agresiva totalmente desproporcionada (como un intento de asesinato por parte del dañado), no tiene por qué sufrir reducción alguna de sus facultades defensivas.

68 Una parte de la doctrina propone otras soluciones para tratar la situación de legítima defensa provocada. Así, tanto en caso de provocación intencional

---

[119] Kratzsch, 1968, 206 s.; Lenckner, JZ 1973, 254; Maurach/Zipf, AT/1[8], 26/46; Otto, Würtenberger-FS, 1977, 145; Roxin, ZStW 93 (1981), 89 ss. [= CPC 1982, 313 ss.; N. del T.]; Sch/Sch/Lenckner [24], § 32, nm. 59; Schumann, JuS 1979, 565; SK[5]-Samson, § 32, nm. 54. En cambio, consideran suficiente una conducta reprobable ético-socialmente: Roxin, ZStW 75 (1963), 570 ss.; SK[4]-Samson, § 32, nm. 28; Schünemann, JuS 1979, 279.

[120] Cfr. Sch/Sch/Lenckner[24], § 32, nm. 59; Jakobs, AT[2], 12/54 s.

(nm. 59 ss.) como de otra provocación reprochable de una agresión, un sector rechaza totalmente las restricciones ético-sociales (cfr. nm. 60) y recurre a la *actio illicita in causa,* por medio de la cual en tales supuestos se fundamenta en su caso también una responsabilidad penal por imprudencia. Si p.ej. A con una injuria incita de modo previsible a B a una agresión y al repelerla le causa lesiones dolosas aunque le hubiera sido posible esquivar, esta posición considera justificadas las lesiones dolosas; pero estima que A debe ser castigado por lesiones imprudentes, porque con su injuria ha causado el resultado final de modo antijurídico y evitable. Contra tales tesis cabe aducir las consideraciones ya expuestas más arriba (nm. 62). Pero además en los delitos imprudentes a ello se añade que la *causa* sólo es la provocación a una autopuesta en peligro a la que el agresor se expone por su libre voluntad; ahora bien, la provocación de una autopuesta en peligro dolosa es impune según los criterios generales de imputación.

Marxen [121] propone para los casos de provocación y por analogía con los delitos **69**
de omisión derivar restricciones de la legítima defensa del hecho de que el provocador por su "actuar precedente" tiene deberes de garante frente al provocado: "El provocador crea una situación de peligro para el provocado al incitarle a la agresión, y con ello se originan deberes de garante para él. Está obligado a desviar el curso del acontecimiento que ha puesto en marcha a una vía no peligrosa para el provocado, por lo que ha de hacer frente a la agresión con medios considerados". Pero esta posición no es convincente [122]: En efecto, el provocado, con su agresión antijurídica, se pone a sí mismo en peligro de ser víctima de una acción de legítima defensa. Además, las restricciones de la legítima defensa sólo pueden extraerse de los principios que son inmanentes a la misma (o sea, de la mayor o menor necesidad de prevalecimiento del Derecho), pero no de la dogmática de la omisión, que se ocupa de otros supuestos de la vida totalmente distintos. El deber del garante por una actuación pasada está encaminado a la salvación, mientras que el del provocador, a un ejercicio considerado de una facultad de causar daño. Por eso lo que rige para el deber del garante no se puede —incluso prescindiendo de la prohibición de la analogía— trasladar al deber de consideración, configurado de modo totalmente distinto.

Schöneborn [123] ve la "idea rectora de la restricción de la justificación ante **70**
una provocación de la legítima defensa", no en la disminución del interés en el prevalecimiento del Derecho condicionada por la conducta previa del provocador, sino en la "excitación de ánimo" del provocado, y por tanto propone extender la restricción de la legítima defensa en caso de agresiones inculpables o con culpabilidad sustancialmente atenuada (nm. 55 ss.) a supuestos de disminuciones más ligeras de la culpabilidad, que no encajan en el ámbito de

[121] Marxen, 1979, 56 ss. (58).
[122] Para más detalles Roxin, ZStW 93 (1981), 92 ss. [= CPC 1982, 315 s.; N. del T.].
[123] NStZ 1981, 201 ss.; tendencialmente aprob. Mitsch 1986, 545.

los §§ 20 y 21. Pero esto tampoco es convincente. Pues si la cuestión no dependiera de la conducta del provocador, sino sólo de la "excitación de ánimo" del agresor, también habría que actuar con consideraciones en caso de que una persona excitada se dejara llevar a cometer agresiones sin ninguna provocación. Y ello es adecuado dentro del ámbito de los §§ 20 y 21, pero fuera de ellos no es tolerable, pues, dado que la mayoría de las agresiones físicas y también las más peligrosas se originan por estados de excitación, el derecho a la legítima defensa quedaría abandonado a una inseguridad total si ya por esa razón se le restringieran sus derechos defensivos al agredido.

3. La agresión irrelevante

71 También en caso de agresiones irrelevantes es necesario restringir el riguroso derecho de legítima defensa, porque el interés en el prevalecimiento del Derecho es considerablemente menor que en el caso normal. Ese debilitamiento del interés en el prevalecimiento del Derecho se manifiesta en la vigencia del principio de oportunidad en asuntos-bagatela (§ 153 StPO), en los delitos privados, perseguibles mediante querella (§§ 376 y 383 II StPO) y en las contravenciones (§ 47 OWiG); principio del que se desprende que el legislador no considera imprescindible sin más la prevención mediante la sanción. Ahora bien, si ni siquiera está necesariamente indicada una sanción penal relativamente inofensiva, tampoco se puede admitir sin restricciones una afirmación privada del Derecho. Por eso es recomendable enlazar en la definición de la "agresión irrelevante" con los tres preceptos citados [124]; y aparte de ellos, también habrá que considerar irrelevantes las agresiones a bienes jurídicos no protegidos penalmente (p.ej. la posesión).

72 En estos supuestos la restricción de la legítima defensa es de tipo algo diferente a la que se da ante agresiones inculpables (o con culpabilidad considerablemente disminuida) y ante las provocadas imputablemente; pues aunque sean agresiones irrelevantes, el interés en el prevalecimiento del Derecho no retrocede tanto como para que hubiera que esquivar o pedir ayuda ajena ante las mismas. Por tanto, en caso de un intento de desposesión temporal no es preciso huir con la cosa, sino que cabe la defensa haciendo retroceder a empujones al agresor. Igualmente, ante un allanamiento de morada [delito perseguible sólo mediante querella] no es preciso llamar a la policía, sino que se puede expulsar personalmente al intruso. El límite se sitúa allí donde la defensa resulta peligrosa para la vida. Por consiguiente, para defenderse frente a un pequeño hurto o una vulneración de la esfera privada no se puede disparar al otro de tal manera que resulte gravemente herido o incluso muerto, sino que, si una defensa segura fuera tan peligrosa, habrá que conformarse con

[124] De modo similar, Bockelmann, Honig-FS, 1970, 30; Krause, Bruns-FS, 1978, 87; idem, H. Kaufmann-GS, 1986, 683 ss.

medios más benignos, aunque menos seguros. Quien sólo podría impedir un hurto de bagatelas con un disparo peligroso para la vida, en el caso extremo tendrá que dejar escapar al ladrón y limitarse a una denuncia a la policía. Pues cuando debido al interés sustancialmente menor en el prevalecimiento del Derecho la protección que en sí misma sería necesaria sólo se garantiza dentro de los límites de la consideración social para con el agresor, esa consideración requiere cuidar en todo caso la vida del agresor en caso de agresión irrelevante. Esta argumentación inmanente a la legítima defensa se ve apoyada por otra constitucional [125]: el alto rango de la vida humana (arts. 1 y 2 GG) no autoriza a matar o lesionar gravemente a personas en defensa frente a agresiones irrelevantes. En los casos de hurto o apropiación indebida, la agresión irrelevante no se limita a la amenaza de apropiación de cosas "de escaso valor" en el sentido del § 248 a: tampoco se puede "matar de un disparo en caso necesario al ladrón para proteger un objeto que valga 60 marcos" [126].

Un caso especial es el de la denominada defensa contra (meros) abusos [127], en la que se trata de perturbaciones-bagatela en la frontera de lo que aún es socialmente tolerable: agarrar a alguien de modo inoportuno o incómodo, colarse indebidamente en un adelantamiento en el tráfico u otras conductas molestas. Es frecuente que en estos casos, por no amenazar un daño serio para bienes jurídicos, ya no haya "agresión". Pero en la medida en que se pueda hablar de agresión, la defensa habrá de mantenerse dentro del marco de la proporcionalidad (p.ej. dar un empujón). Pero las lesiones no están amparadas por legítima defensa [128]; por eso, en defensa frente a quien le pone a otro la mano en el hombro, no se le puede dar un puñetazo en la cara (BGH LM, § 53, n.° 3), ni se puede contestar con violencia a quien le enfoca con una linterna (KG JW 1935, 553). 73

Respecto de la defensa frente a agresiones que no impliquen violencia contra personas, hay una ulterior modificación que se deriva de la Convención europea de los Derechos Humanos (CDH), vigente en la República Federal con rango de ley ordinaria. El art. 2 I CDH prohíbe, "salvo la ejecución de una condena a la pena de muerte", todo "homicidio intencional", y entre las excepciones del ap. II menciona en conexión con la legítima defensa sólo el empleo de violencia que sea absolutamente necesario "para asegurar la defensa de una persona frente al empleo antijurídico de la violencia" (art. 2 II a CDH) *. 74

---

[125] Cfr. para más detalles al respecto Krey, JZ 1979, 713 s.

[126] Krey, JZ 1979, 713; discr. LK[11]-Spendel, § 32, nm. 319. Sobre el problema de la agresión irrelevante cfr. tb. LG München I NStZ 1989, 25, y sobre ella Schroeder, JZ 1988, 568; Beulke, Jura 1988, 645 s.

[127] Oetker, Frank-FS, 1930, t. I, 360 s.

[128] Sch/Sch/Lenckner[24], § 32, nm. 49; Jescheck, AT[4], § 32 III 3 b, sostiene incluso que sólo debe admitirse una "repulsa meramente verbal". Arzt, Schaffstein-FS, 1975, 82, no admite legítima defensa contra el mero "abuso".

* En el texto figura la traducción del texto alemán de la CDH (en alemán: MRK). Pero es distinta la versión española de la CDH (ratificada por España el 26-9-1979; BOE 10-10-1979), con la siguiente redacción de los aps. cits. del art. 2: "1. (...) Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital (...). 2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima." [N. del T.].

Un sector ha interpretado esta disposición en el sentido de que para la defensa frente a agresiones a cosas "nunca es admisible matar a un ser humano" [129]. Ello significaría que en ese ámbito no se podría matar ni siquiera para impedir las agresiones más importantes. En cambio, la op. totalmente dom. [130] rechaza que la CDH tenga la menor influencia sobre el derecho de legítima defensa del ciudadano, afirmando que la CDH regula sólo los deberes de los órganos estatales, y no la conducta de la persona privada.

75 Ninguna de las dos soluciones es satisfactoria. Pues por una parte, vedar las medidas defensivas peligrosas para la vida humana incluso ante agresiones muy considerables está en contradicción con la idea básica de la regulación alemana del derecho de legítima defensa: sólo serviría para incitar precisamente a los más graves hurtos y robos con fuerza en las cosas si los ladrones supieran que no van a arriesgar su vida en ningún caso. Pero por otra parte tampoco es convincente restringir los efectos de la CDH a los órganos del Estado, pues parece extraño que al particular en su defensa frente a agresiones se le permita muchísimo más que a los órganos estatales que tienen encomendada en primera línea esa misión. Aunque sea cierto que al acordar la CDH los Estados firmantes sólo han pensado en establecer límites vinculantes para el poder estatal [131], ello no obstaría a una "irradiación" o aplicación analógica de la CDH al derecho del particular a la legítima defensa; lo que parece tanto más indicado dado que al derecho de legítima defensa también se le asigna, junto a la protección individual, la misión general del prevalecimiento del Derecho. Y aquí estamos ante una función pública, que consecuentemente debe estar sometida a las mismas restricciones que la fuerza pública [132].

76 Sin embargo, según la concepción correcta [133], la CDH, aunque se la aplique —al menos correlativamente— a la legítima defensa privada, no da lugar a ninguna restricción sustancial de la legítima defensa frente agresiones a los bienes. En efecto, la misma sólo prohíbe matar "intencionadamente" (en las versiones inglesa y francesa, que son las decisivas: *intentionally, intentionellement*), y el concepto de intención puede que abarque quizás el dolo directo (de 2.º grado), pero desde luego no el *dolus eventualis* [134]. Ahora bien, en la práctica,

---

[129] Cfr. p.ej. Baumann/Weber, AT⁹, § 21 II 1 a (p. 305); Marxen, 1979, 61 s.; SK⁵-Samson, § 32, nm. 55; parece que tb. Stratenwerth, AT³, nm. 440; últimamente Frister, GA 1985, 553.

[130] Detalladamente Bockelmann, Engisch-FS, 1969, 456 ss.; Krey, JZ 1979, 707 ss. Decididamente en contra Frister, GA 1985, 553.

[131] Así un dictamen del Ministerio Federal de Justicia, NiedStrKomm. 2, 1958, apénd. n.º 26.

[132] Tanto más cuanto que de los materiales legislativos (BT-Drucks, V/4095, 14) se desprende que mediante el elemento de la "cualidad de requerida o indicada" el legislador quiso abrir la posibilidad de tener en cuenta también la CDH en el derecho de legítima defensa del particular.

[133] Para más detalles Roxin, ZStW 93 (1981), 99 s. [= CPC 1982, 320 s.; N. del T.]; de modo similar Lange, JZ 1976, 548; Wagner, 1984, 65 ss.; Blei, AT¹⁸, § 39 II 3; Bitzilekis, 1984, 135.

[134] Cfr. Jescheck, AT⁴, § 32 V, con referencias bibl. de la doctrina extranjera (en n. 53); en contra Frister, GA 1985, 560 s.

para defender valores patrimoniales podrá ser necesario a lo sumo matar con *dolus eventualis:* pues para la defensa bastará con dejar al agresor fuera de combate o incapaz de huir; y a tal efecto puede que en algún caso (p.ej. en un disparo inseguro al ladrón en casa habitada que huye con el botín) sea necesario aceptar la posibilidad de matar, pero una muerte segura, como la que presupone el dolo directo, no es necesaria prácticamente nunca. No obstante, si en alguna ocasión se produjera tal situación [135] —como ocurriría si sólo fuera visible la parte superior de la cabeza del ladrón, por lo que sólo podría impedir el hecho un disparo necesariamente mortal a la frente o a la parte posterior del cráneo—, entonces el agredido deberá abstenerse de matar en atención a la CDH. Ello concuerda también con las decisiones axiológicas de la Constitución: pues la abolición de la pena de muerte permite reconocer que la causación intencionada de la muerte de personas no puede estar justificada sino por la necesidad de salvar una vida humana directamente amenazada. Y el efecto preventivo y de prevalecimiento del Derecho de la legítima defensa no puede sufrir merma por eso, puesto que tal restricción carece de relevancia práctica: no se conoce que se haya dado ni un solo caso así en la jurispr.

Por consiguiente, prescindiendo de las pequeñas peculiaridades que se dan **77**
en la defensa frente a abusos y de las derivadas de las disposiciones de la CDH, la restricción esencial en cuanto a proporcionalidad consiste en que las agresiones irrelevantes no se pueden repeler causando la muerte o lesiones graves al agresor. La jurispr. sólo ha reconocido tales restricciones de modo vacilante y casi siempre sólo en casos muy crasos. Mientras que en RGSt 23, 116 s. (en un supuesto en que en realidad faltaba ya la agresión antijurídica), debido a la "considerable desproporción" se consideró ilícita la defensa de unas jarras de cerveza con disparos de revólver, en cambio, en la posterior sent. RGSt 55, 82, que ha sido determinante durante mucho tiempo, se consideró justificado por legítima defensa un disparo que le causó graves lesiones al ladrón de fruta que huía con el botín, afirmando que es "imposible que esté justificado tener consideraciones con la proporcionalidad de los bienes cuando debe protegerse al Derecho en lucha con el injusto" (loc. cit., 85). A partir de la postguerra los Tribunales Superiores de los Länder (Oberlandesgerichte) han restringido la legítima defensa en casos de total falta de proporcionalidad, de desproporción "crasa" e "intolerable" entre el bien jurídico lesionado y el defendido. En consecuencia, no es lícito defender un melocotonero contra ladrones mediante una instalación eléctrica de efectos mortales (OLG Braunschweig MDR 1947, 205), ni matar de un disparo a un ladrón que huía con una botella de jarabe por valor de 10 peniques (OLG Stuttgart DRZ 1949, 42, con Com. aprob. de Gallas). No se puede defender un derecho de prenda sobre

---

[135] Cfr. Roxin, ZStW 93 (1981), 99 s. [= CPC 1982, 320 s.; N. del T.], polemizando con Krey, JZ 1979, 709.

una gallina golpeando en la cabeza al agresor con la parte roma de un hacha (BayObLG NJW 1954, 1377), y tampoco se puede expulsar con perros feroces y armas de fuego a unos caminantes que por error se habían metido en un camino privado no señalizado como tal (BayObLG NJW 1965, 163). En el tráfico rodado no se puede atropellar a otras personas o amenazarlas amagando y rodeándolas con el vehículo, para defenderse de ese modo frente a infracciones de tráfico poco graves (OLG Saarbrücken VRS 17 [1958], 25; BayObLG NJW 1963, 824; OLG Hamm NJW 1972, 1826; 1977, 590; discr. OLG Schleswig NJW 1984, 1470). En cambio, sí cabe defenderse contra el bloqueo malintencionado de un coche golpeando con éste a la moto que le cierra el paso, aunque exista el peligro de poder lesionar con ello al conductor de la moto que estaba junto a la misma (OLG Karlsruhe NJW 1986, 1358).

78 El BGH hasta ahora sólo se ha ocupado marginalmente de esta problemática. En BGHSt 26, 51 s., un automovilista había procedido de modo peligroso para la vida de un hombre que no se quería bajar del capó de su coche, y el BGH afirma: "el hecho de arrancar a continuación llevando subido al sujeto encima del vehículo y aumentar la velocidad hasta 120 a 130 km/h., adelantando varias veces a otros vehículos, no guardaba la menor proporción con la perturbación del derecho que se quería repeler y excedía con mucho de la medida de lo 'requerido' por la legítima defensa" (loc. cit., 52). Y BGH NStZ 1981, 22 s., no considera necesario (correctamente: requerido o indicado) defenderse contra un policía, que quería penetrar antijurídicamente en el domicilio, mediante una intento de homicidio (lanzándole un hacha).

79 En conjunto, la jurispr. reciente se mueve en la línea aquí sostenida; pero sigue siendo demasiado generosa en la defensa de bienes patrimoniales, ya que sólo declara prohibida la defensa peligrosa para la vida cuando se trata de impedir daños mínimos (a menudo por valor de unos peniques). Sin embargo, actualmente puede admitirse que hay un "daño escaso" en el sentido del § 153 StPO en cuantías de hasta 100 marcos [136]. Bien es verdad que en cuanto a la cuestión de si se da una agresión irrelevante no hay que atender sólo al daño o perjuicio, sino a todas las circunstancias concurrentes (p.ej. también a la situación económica del perjudicado y a la intensidad de la agresión); pero de todos modos el límite de los 100 marcos proporciona un punto de apoyo en cuanto a la dimensión dentro de la cual hay que contenerse al ejercitar una legítima defensa con medidas defensivas gravemente dañosas.

80 En la doctrina están divididas las opiniones sobre la restricción de la legítima defensa ante agresiones insignificantes. La mayoría de los autores se adhiere a la jurispr., y algunos son aún más duros. Schmidhäuser [137] excluye toda "ponderación materialista de bienes dentro de la legítima defensa" y

[136] KK-StPO³-Schoreit, § 153, nm. 43.
[137] Ultimamente en StuB AT², 6/75.

admite que se cause la muerte incluso para defender cantidades bagatela ("10 peniques") [138]. Eso es desconocer que la irrelevancia de una agresión desempeña un papel decisivo respecto de la culpabilidad del autor y las necesidades de prevención; y tenerlo en cuenta no es "materialismo", sino una exigencia normativa. Wagner [139], desde la perspectiva de su concepción individualista de la legítima defensa, sólo admite la restricción ante agresiones que sean tan mínimas "que no se pueda hablar en serio de una restricción de la posibilidad de desarrollo libre"; pero esto sólo es prueba de que una perspectiva puramente individualista es insuficiente y ha de complementarse con puntos de vista sociales, que requieren también una "solidaridad mínima" [140] ante la vida del pequeño infractor. También a Spendel [141] le parece demasiado blanda la jurispr. y sólo admite una restricción "en casos excepcionales absolutamente crasos", con el fin de "evitar... un reblandecimiento o incluso una supresión del derecho de legítima defensa". Pero esto es dramatizar, pues no se trata del "derecho de legítima defensa", sino del supuesto de agresión irrelevante, y aun en ese supuesto especial la legítima defensa no es "suprimida", sino sólo restringida en atención a la protección de la vida. En el otro extremo del espectro de opiniones se encuentra Fr.-Chr. Schroeder [142], que únicamente admite la legítima defensa dentro del marco de la proporcionalidad, si bien sólo considera desproporcionadas las muertes y las lesiones graves para defender bienes patrimoniales; sin embargo, en caso de agresiones considerables ello supone restringir demasiado la legítima defensa, como ya se ha expuesto más arriba (nm. 75) al discutir la CDH.

4. Agresiones enmarcadas dentro de relaciones de garantía

También tiene menor importancia el principio del prevalecimiento del Derecho en el marco de las relaciones que según las reglas de la teoría de la omisión (§ 13 StGB) fundamentan una posición de garante, lo que cobra importancia práctica sobre todo en la relación paterno-filial y entre cónyuges. Allí donde los intervinientes están recíprocamente obligados bajo amenaza de pena a evitar daños para los otros, en caso de agresiones de uno contra otro ciertamente podrá el agredido protegerse defendiéndose, pero el interés en el prevalecimiento del Derecho retrocede ante el deber de consideración humana mientras se pueda considerar aún subsistente una relación de solidaridad entre los implicados. 81

---

[138] Unicamente el "mero abuso", en el que de todos modos incluye el allanamiento de morada en casos de "go-in" estudiantiles, no fundamenta para él una situación de legítima defensa (Schmidhäuser, StuB AT², 6/66, y n. 26).

[139] Wagner, 1984, 83 ss. (85).

[140] Así la feliz expresión de Jakobs, AT², 12/46, quien sin embargo admite de modo demasiado amplio aún la legítima defensa ante agresiones irrelevantes.

[141] LK¹¹-Spendel, § 32, nm. 319 s.

[142] Schroeder, Maurach-FS, 1972, 139.

82 Ello conduce a restricciones similares a las que proceden ante la agresión irrelevante, como vamos a demostrar aquí al hilo de la relación conyugal, que hasta ahora ha sido de la que más se ha ocupado la jurispr. Si en el curso de una discusión conflictiva, como las que a veces se producen incluso en un matrimonio intacto, uno de los intervinientes se encoleriza y se dispone a pegar a su cónyuge, éste conservará su derecho a la legítima defensa en la medida en que le es lícito replicar con otro golpe o defenderse de otro modo (incluso a costa de causar lesiones) de la agresión. Pero como la posición de garante del agredido aún no ha sido anulada por la acción incorrecta de su pareja, la conjunción del derecho de defensa y del deber de protección ha de repercutir en una limitación inmanente a la legítima defensa en caso de medidas defensivas peligrosas para la vida: El agredido no puede sin más matar o lesionar gravemente a su pareja, aunque sólo de ese modo pueda evitar con seguridad el golpe, sino que tiene que esquivar o conformarse con medios defensivos menos peligrosos, aun corriendo el riesgo de sufrir él mismo daños leves.

83 Ahora bien, esas restricciones sólo rigen si la modalidad de agresión no anula los deberes de solidaridad del agredido. Pero existen dos casos en que hay que admitir la extinción del deber de consideración. En primer lugar, nadie tiene por qué correr el riesgo de sufrir lesiones graves, y a estos efectos entiendo por tales las que precisen tratamiento médico. Por tanto una esposa podrá en caso necesario defenderse incluso con un cuchillo o un revólver contra su marido si éste se dispone a golpearla en la cabeza con un objeto pesado, a atacarla con armas, a romperle los huesos, etc. Y en segundo lugar ninguna esposa tiene por qué soportar malos tratos continuos (incluso leves), que denigran su dignidad y la convierten en objeto de la arbitrariedad del marido. Una mujer que es apaleada casi a diario por su marido por motivos insignificantes, ya no le debe la solidaridad de la que él mismo hace tiempo que se ha desligado; por eso puede hacerle frente con un arma de fuego si no puede defenderse de otro modo, y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse.

84 El curso de la jurispr. sigue siendo aún inseguro. En BGH NJW 1969, 802, una mujer se había defendido de las agresiones violentas de su marido dándole fuertes golpes en la cabeza con la punta de un paraguas y causándole de ese modo la muerte. El BGH consideró que esa clase de defensa no estaba requerida porque el marido no había utilizado armas y los esposos "en el fondo no se sentían enemigos"; por lo cual "la acusada no podía elegir un medio defensivo posiblemente mortal, aunque el empleo de otro medio menos lesivo no permitiera esperar con seguridad la eliminación del peligro". En BGH NJW 1975, 62 s., una mujer le había clavado un cuchillo en el corazón a su marido que la agredía, provocándole la muerte, y el BGH, pese a admitir que existía una situación de legítima defensa, rechazó la justificación de la actuación de

la mujer aduciendo que hay que plantear mayores exigencias a "la cualidad de requerida (o indicada) de la acción defensiva" cuando "se trate de personas del mismo círculo de vida y que propiamente no se sienten enemigos, y la defensa elegida pueda suponer la muerte del agresor" (loc. cit., 62); añadiendo sin embargo que "sólo se puede exigir la renuncia a un medio defensivo seguro, pero de posibles efectos mortales, si lo que hay que temer son meramente lesiones leves" (loc. cit., 63). En BGH JZ 1984, 529 s., en el curso de una discusión en la que ya se había llegado a las manos, la mujer había blandido un cuchillo de cocina "de modo amenazante contra su marido", quien le gritó repetidamente: "seguro que no lo haces, tú me quieres", y volvió a levantar la mano para golpearla, momento en el que la mujer le asestó una cuchillada que alcanzó a su marido en el corazón. En este caso el BGH admitió la legítima defensa, en una sentencia que, sin abandonar totalmente la anterior jurispr., se distancia claramente de ella al dejar planteada su corrección o no; pues afirma que no era seguro que sólo hubiera que temer lesiones leves, y que tampoco se ve qué otro medio podría haber puesto fin a la agresión al menos con gran probabilidad.

No es posible juzgar con seguridad si las sentencias son correctas desde el **85**
punto de vista aquí mantenido, ya que las descripciones de los hechos se pronuncian de modo poco claro en cuanto a los puntos decisivos. Pese a todo, las dos primeras sentencias se sitúan en cuanto a su tendencia en la línea aquí seguida, mientras que en el tercer caso se debería haber encomendado al tribunal de instancia que examinara mejor la intensidad de la agresión; pues dado que el marido confiaba evidentemente en el amor de su mujer, hay muchos indicios de que aún existía un vínculo interno entre los cónyuges, y de que el marido no había planeado causar daños graves. También ha de precisarse la tesis de que la restricción de la legítima defensa se plantea entre "personas del mismo círculo de vida y que propiamente no se sienten enemigos". Esto afectaría a la mayoría de los vecinos y conocidos; y en efecto, también se han efectuado ya restricciones a la legítima defensa por el hecho de pertenecer a la misma empresa (OLG Stuttgart NJW 1950, 119; BGH MDR [D] 1958, 12 s.) o asociación deportiva (BayObLG OLGSt 1, § 53 v. a.). Pero esto es ir demasiado lejos, pues, dado que esos ámbitos (como la mayoría de los "círculos de vida") están sometidos a una considerable presión de competencia y rivalidad, no se ve por qué razón habría que limitar en ellos el derecho a la legítima defensa. La disminución del interés en el prevalecimiento del Derecho por los deberes de protección presupone necesariamente una posición de garante. Por eso ha rechazado ahora el BGH con razón que también se aplique una restricción del derecho de legítima defensa a las relaciones entre compañeros de colegio (BGH NJW 1980, 2263; cfr. sobre la sent. por lo demás nm. 48). Ni siquiera el matrimonio fundamenta sin más una posición de garante que restrinja la legítima defensa, pues hay que negar que ésta exista si

los cónyuges viven separados o divorciados; y por otra parte, en caso de comunidad de vida estable pero sin matrimonio también hay que afirmar la existencia de un deber de consideración recíproca que restringe la legítima defensa.

86 En la doctrina es extraordinariamente polémico este grupo de casos. La posición aquí defendida de enlazar con la posición de garante en el sentido de la teoría de la omisión ha sido desarrollada sobre todo por Geilen [143] y Marxen [144] en detalle [145], aunque en puntos concretos las soluciones discrepan entre sí y también respecto de la opinión aquí sostenida [146]. La doc. dom. sigue en lo sustancial a la jurispr. (que no obstante es en sí controvertida) [147]. Y una opinión muy extendida rechaza incluso de plano cualquier restricción a la legítima defensa dentro de las relaciones de garantía, sobre todo entre cónyuges [148]. Pero esto es demasiado riguroso. Pues es cierto que el matrimonio no es una licencia para cometer malos tratos, pero esto también se evita con la solución aquí defendida; y por otra parte tampoco es adecuado (ni en los aspectos fácticos ni en los normativos) equiparar el exceso de un cónyuge con el asalto de un extraño. El argumento, que siempre se repite, de que el cónyuge agresor no puede exigir ninguna consideración porque él mismo infringe sus deberes conyugales [149], sólo es cierto en casos de malos tratos continuos o de amenaza de daños graves; pero las acciones incorrectas leves no anulan la recíproca solidaridad de los cónyuges. Ningún matrimonio podría existir si no se reaccionara con moderación y una cierta indulgencia ante "meteduras de pata" de uno de sus miembros; y el Derecho penal tampoco debería favorecer la "pelea hasta a cuchilladas".

5. La agresión mediante amenazas constitutivas de chantaje

87 Un problema aún no abordado en la jurispr., pero últimamente muy tratado en la doctrina [150], es el de la legítima defensa contra amenazas constitutivas de chantaje. Si aquí se concediera un derecho ilimitado de legítima defensa, el chantajeado, si no encuentra otro recurso, podría matar clandestinamente al chantajista (cfr. sobre la actualidad y la necesidad nm. 28, 50). Pero esto

---

[143] Geilen, JR 1976, 314.

[144] Marxen, 1979.

[145] Cfr. tb. Blei, AT[18], § 39 III 2 d; Schumann, JuS 1979, 566; Jakobs, AT[2], 12/57 s.

[146] Schroth, NJW 1984, 2562, y Montenbruck, JR 1985, 115, exigen que el cónyuge que anteriormente ha soportado los malos tratos, avise que en el futuro va a emplear medios defensivos peligrosos para la vida (en contra Loos, JuS 1985, 863).

[147] Sobre la discusión cfr. tb. Marxen, 1980, 63; Zenz, 1980, 77; Loos, JuS 1985, 859.

[148] LK[11]-Spendel, § 32, nm. 310 ss.; Otto, Würtenberger-FS, 1977, 148 s.; Engels, GA 1982, 109 ss.; Dencker, NStZ 1983, 399; Frister, GA 1988, 307 ss. La crítica de Spendel ha influido evidentemente en la sent. BGH JZ 1984, 529 (apoyando al BGH Spendel, JZ 1984, 507).

[149] LK[11]-Spendel, § 32, nm. 310; Sch/Sch/Lenckner[24], § 32, nm. 53.

[150] Sintetizando y con referencias exhaustivas Amelung, GA 1982, 381 ss.

parece inadecuado, porque tanto la necesidad de prevalecimiento del Derecho como la de protección están considerablemente disminuidas. En efecto, si el chantajeado pudiera afirmarse de ese modo contra el injusto, ello se produciría en unas circunstancias que tendrían que rehuir la luz y harían que su hecho apareciera ante el público como un delito de homicidio cometido por un autor anónimo, lo que menoscabaría la sensación general de seguridad jurídica y no puede ser algo deseable a efectos preventivos. Además el chantajeado tiene algo que ocultar ante la opinión pública y ya por esa razón es alguien poco apropiado para salvaguardar los intereses preventivos de aquélla. Es verdad que necesita protección, que por cierto el § 154 c StPO sólo le garantiza de modo insuficiente; pero de todos modos por esa vía también podría evitar el peligro para su patrimonio presentando una denuncia, y lo único que no se puede impedir de ese modo es la revelación con la que se le amenaza.

Por consiguiente, las ideas básicas de la legítima defensa sólo son aplicables **88**
en una medida muy restringida a la conducta de proceder de propia mano contra el chantajista; y correlativamente, el auxilio de un tercero también estará requerido por la legítima defensa sólo en una medida muy limitada. Hasta dónde deben llegar las restricciones es algo que aún está poco claro y precisa una ulterior discusión. Pero en todo caso habrá que considerar que es inadmisible dar muerte o causar lesiones graves al agresor [151]; y a ese respecto, la ilicitud del homicidio se puede derivar ya incluso del art. 2 II a CDH [152], en cuanto que se trata del supuesto, que de lo contrario apenas se presenta, de un homicidio intencionado que no se haría en defensa frente a la violencia contra una persona (sobre la escasa importancia de la CDH para el derecho de legítima defensa cfr. nm. 74-76). Amelung [153] sólo considera justificadas por legítima defensa la "contradefensa comunicativa" (engaños y amenazas con el fin de obtener la devolución de los documentos acusatorios, o en parte también otras contra-coacciones) y la "fijación de la conducta del chantajista" (grabaciones magnetofónicas secretas de las llamadas telefónicas del chantajista). Pero yendo aún más lejos, se puede justificar también el allanamiento de morada, los daños, el hurto, la supresión de documentos y delitos menos graves similares, en la medida en que sirvan para eliminar el material utilizado para el chantaje [154]. En cambio, en todo caso debería excluirse la violencia contra la persona del chantajista.

---

[151] Haug, MDR 1964, 553 s.; Roxin/Schünemann/Haffke, Klausurenlehre, ⁴1982, 75.

[152] Haug, MDR 1964, 553 s.

[153] Amelung, GA 1982, 398 ss.; H. E. Müller, NStZ 1993, 366, discute —de modo poco convincente— ya la propia presencia de una "agresión", pero admite una "contradefensa comunicativa" dentro del marco del § 34.

[154] Cfr. Roxin/Schünemann/Haffke, Klausurenlehre, ⁴1982, 75; en contra Amelung, GA 1982, 390, n. 45 a.

IX. Actuación de la autoridad y derecho a la legítima defensa

89 Es sumamente discutida la cuestión de si y en su caso hasta qué punto los agentes de la autoridad (sobre todo policías) pueden invocar en el ejercicio de su cargo el precepto del § 32 sobre legítima defensa propia y ajena. La razón de la polémica reside en la falta de claridad de los preceptos de Derecho público. Así, la mayor parte de las leyes de policía de los Länder sólo autorizan el uso de armas de fuego para hacer frente a delitos graves y a delitos menos graves con armas (cfr. v.gr. el art. 67 I n.º 2 BayPAG: "para impedir la inminente comisión o prosecución de un delito grave o de un delito menos grave con empleo o porte de armas de fuego o explosivos"). Según esto habría que admitir que los policías no pueden p.ej. impedir con un tiro a las piernas un robo no violento en casa habitada o el apaleamiento de transeúntes por unos camorristas, a pesar de que en caso necesario eso les estaría permitido sin más a los particulares. Pero por otra parte, las leyes de policía contienen reservas de los derechos de necesidad que remiten a las causas de justificación del Derecho civil o penal. Así p.ej., en virtud de las mismas quedan intactos "los preceptos sobre legítima defensa y estado de necesidad" (§ 57 II PolGNW) o "los efectos civiles y penales derivados de los preceptos sobre legítima defensa y estado de necesidad" (art. 60 II BayPAG, § 54 II HSOG, § 35 II del Proyecto Modelo de una Ley única de Policía de la Federación y los Länder de 11-6-1976). Si esto es cierto, la policía puede invocar como cualquier ciudadano el § 32 al actuar en legítima defensa propia y de terceros; pero entonces hay que preguntarse qué sentido tienen —si tienen alguno— las reglas de las leyes de policía que restringen el uso de las armas de fuego.

90 Esa contradicción no se ha podido resolver satisfactoriamente hasta ahora. Según una opinión que se sostiene sobre todo en Derecho público, pero que también está avanzando cada vez más en Derecho penal [155], deben considerarse carentes de contenido las reservas a los derechos de necesidad previstas en las leyes policiales, por lo que el agente de policía estaría limitado a las reducidas facultades de defensa de las leyes policiales. Como fundamentación se aduce que el Estado "en caso de actuación policial acepta una pérdida que no se justificaría en el caso particular, para perfilar tanto más nítidamente la proporcionalidad de la actuación estatal y la protección de la vida como cometido estatal. Dado que un ciudadano que obre en defensa actúa privadamente, no puede poner en peligro la consecución de los objetivos indicados y por eso en el caso concreto puede tener más facultades de intromisión que, *ceteris paribus*, el policía" [156]. Pero es poco convincente que, "si una banda de

---

[155] De modo especialmente enérgico Jakobs, AT², 12/43; SK⁵-Samson, § 32, nm. 61; cfr. además Blei, JZ 1955, 625 ss.; Haas, 1978, 319 ss.
[156] Jakobs, AT², 12/41.

rockeros apalea brutalmente a unos transeúntes" [157], el policía, que sólo podría ayudar disparando a los brazos y piernas de los agresores, no pueda lícitamente utilizar ese medio, ¡y que encima con su inactividad vaya a "perfilar" con especial nitidez la "protección de la vida como cometido estatal"! El ciudadano afectado sólo podrá enjuiciar esto como un incumplimiento del Estado en su misión de protección; y entonces, si el policía puede hacer mucho menos que la persona privada, el ciudadano sólo podrá protegerse eficazmente mediante auxiliadores civiles (defensa ciudadana), con lo que el principio de la prioridad de la violencia estatal se vería socavado de modo anacrónico y peligroso políticocriminalmente. Y tampoco es conciliable con el texto legal que las reservas de los derechos de necesidad expresamente acogidas en las regulaciones más recientes sean tratadas simplemente como inexistentes [158].

No pocos sostienen una solución de compromiso, según la cual las re- **91**
servas de los derechos de necesidad se limitan sólo al derecho de autoprotección del policía (o sea, a la legítima defensa propia o en sentido estricto), pero no abarcan la legítima defensa de terceros [159]. Pero ésta no es una solución satisfactoria, pues el tenor literal de las leyes policiales no da el menor punto de apoyo para esta diferenciación: los "preceptos sobre legítima defensa", que han de quedar intactos, también comprenden indudablemente la legítima defensa de terceros. Y además esta teoría no puede superar las objeciones que se derivan de la insuficiente protección policial al ciudadano (nm. 90).

Según otra concepción, las reservas de los derechos de necesidad sólo ex- **92**
cluyen las consecuencias penales de la actuación policial que se apoye en las mismas, mientras que las regulaciones sobre el uso de armas de fuego de las leyes policiales describen lo que es lícito en Derecho policial [160]. Según esto, el policía que actuara en defensa de terceros excediéndose respecto de los preceptos sobre uso de armas por la policía, pero dentro de los límites del § 32, estaría justificado en Derecho penal, pero actuaría antijurídicamente en Derecho policial y se expondría a medidas disciplinarias. Dicha solución no resulta excluida ya por el principio de la unidad del ordenamiento jurídico [161]. Pues en lógica jurídica es perfectamente posible tolerar penalmente una conducta aunque esté desaprobada en Derecho funcionarial o policial (cfr. ya al respecto § 14, nm. 30 ss.), del mismo modo que p.ej. antiguamente se le

---

[157] Sch/Sch/Lenckner[24], § 32, nm. 42 b.
[158] Cfr. sobre todo ello Schaffstein, Schröder-GS, 1978, 97 ss.
[159] Blei, JZ 1955, 627; Amelung, NJW 1977, 839 s.; Krey/Meyer, ZRP 1973, 4; Maurach/Zipf, AT/1 [8], 26/34; en contra Lerche, v. d. Heydte-FS, 1977, t. II, 1041 s.
[160] Así p.ej. Schmidhäuser, 1977, 59 s.; Kirchhof, 1977, 70; idem, NJW 1978, 969; Klose, ZStW 89 (1977), 79; Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, [10]1991, nm. 324; Sydow, JuS 1978, 222.
[161] Así sin embargo, p.ej. Schaffstein, Schröder-GS, 1978, 108 s.; Sch/Sch/Lenckner[24], § 32, nm. 42 b.

reconocía al maestro en Derecho penal un derecho de corrección a pesar de que ese tipo de corrección le estaba vedado según las normas administrativas (cfr. § 17, nm. 38 ss.). También parece que los autores del Proyecto modelo de una ley única de policía han tenido presente esa solución, pues en su fundamentación [162] se dice que los preceptos sobre la legítima defensa podrán "justificar la conducta sólo a efectos del Derecho penal o del civil; pero no son una base para la autorización de la actuación de la autoridad". Sin embargo, tal solución no es satisfactoria políticocriminalmente, pues aunque un policía no tenga que sufrir ninguna consecuencia jurídicopenal, pese a todo la prohibición en Derecho policial y la posibilidad de una sanción disciplinaria le impedirán ya hacer uso de las reservas de los derechos de necesidad, por lo que éstas también acaban careciendo de importancia práctica con esta interpretación [163].

93 Por ello, coincidiendo con la opinión predominante en Derecho penal, hay que partir de la base de que el policía, como complemento de las regulaciones de las leyes policiales, puede sencillamente invocar el § 32 en el ejercicio de la legítima defensa propia y ajena. Sin embargo, esa posición no se puede fundamentar en que el policía actúa como agente de la autoridad en tanto se apoye en las leyes policiales, pero que dentro del marco del § 32 actúa como persona privada [164]; pues la intervención policial para hacer frente a delitos es siempre un acto de autoridad, con independencia de la norma en que se apoye. Por el contrario, lo que hay que admitir es que el § 32 fundamenta directamente también derechos de intervención de la autoridad [165]. Pues por una parte, de ningún modo está excluida la posibilidad de derivar de los derechos que corresponden a cualquier persona facultades de intervención para los agentes de la autoridad; como lo prueba el § 127 I StPO, que también autoriza de modo indiscutido a la policía a practicar detenciones. En tanto en cuanto, la policía podría por consiguiente apoyarse en el § 32 incluso aunque las leyes policiales no contuvieran reservas de los derechos de necesidad. Y por otra parte, quien no admita esto, al menos tendrá que considerar que las reservas de los derechos de necesidad elevan el § 32 al rango de una norma de intervención de los agentes de la autoridad [166].

---

[162] Edit. por Heise, 1976, 19.

[163] Schaffstein, Schröder-GS, 1978, 109. Detalladamente Schwabe, NJW 1977, 1904 ss.; idem, 1979, 42 ss.

[164] En ese sentido, sobre todo, Rupprecht, JZ 1973, 263 ss.; Kinnen, MDR 1974, 631 ss. En contra Schwabe, NJW 1977, 1903; Lerche, v. d. Heydte-FS, 1977, t. II, 1038 ss.; Schaffstein, Schröder-GS, 1978, 109 ss.

[165] Así p.ej., con fundamentaciones que varían en los detalles, Bockelmann, Dreher-FS, 1977, 235 ss.; Gössel, JuS 1979, 162 ss.; Lange, JZ 1976, 546 ss.; Schwabe, 1979; Kühl, Jura, 1993, 236 ss. Entre los Comentarios al StGB: LK[9]-Hirsch, antes del § 51, nm. 144; LK[11]-Spendel, § 32, nm. 275 ss.; Sch/Sch/Lenckner[24], § 32, nm. 42 b.

[166] Lerche, v. d. Heydte-FS, 1977, t. II, 1047, según el cual "precisamente de este modo el contenido de las normas generales se incorpora al Derecho policial; y en esa medida se trata entonces

94 Entonces debe considerarse que el significado de las regulaciones especiales de las leyes policiales consiste, no en una restricción de las facultades de legítima defensa de terceros concedidas por el § 32, sino en que sintetizan en forma de indicación manejable y concretada lo que en el caso normal de la legítima defensa es necesario y está requerido o indicado. Así p.ej., cuando se prohíbe el uso de armas de fuego para hacer frente a delitos menos graves en los que el propio autor no va provisto a su vez de armas de fuego, ello debe entenderse en el sentido de que un policía bien instruido por regla general debería poder solucionar el asunto sin emplear armas de fuego; y entonces un disparo tampoco es necesario en el sentido del § 32. O si p.ej. un ladrón huye con el botín, un policía tendrá, en comparación con un particular, mayores posibilidades de capturarlo, por lo que en la mayoría de los casos no será necesario disparar. A ello se añade que las restricciones que en caso de "agresiones irrelevantes" hacen que las lesiones graves no resulten "requeridas o indicadas" (nm. 71 ss.), naturalmente también rigen para los policías y operan concretamente al hacer frente a autores de delitos menos graves que vayan desarmados. Algo similar sucede en cuanto a las tan discutidas regulaciones especiales sobre el "disparo dirigido a matar". Si p.ej. según el art. 66 II 2 BayPAG (en concordancia con el Proyecto modelo de una ley unitaria de policía) sólo se puede efectuar un disparo así en la medida en que "el mismo sea el único medio para hacer frente a un peligro actual para la vida o al peligro actual de una grave lesión de la integridad física", resulta que según las reglas de la legítima defensa atenuadas por la CDH (cfr. nm. 74-76) tampoco será casi nunca necesario ni requerido un "disparo dirigido a matar". Por consiguiente, en amplias zonas las regulaciones de Derecho policial se limitan a describir de un modo fácilmente asequible a los policías los resultados a los que también conduce una interpretación razonable del derecho de legítima defensa. Sin embargo, eso no cambia para nada el hecho de que alguna vez en el caso concreto (v.gr. en el ejemplo de los rockeros ya citado varias veces) también puede ser necesaria y estar requerida una intervención que vaya más allá del tenor literal de las regulaciones de Derecho policial; pues bien, precisamente el sentido de las reservas de los derechos de necesidad es hacer posible en tal situación la aplicación complementaria del § 32 [167].

95 Schaffstein [168], aunque coincidiendo con la opinión aquí sostenida considera admisible la invocación del § 32 por los agentes de la autoridad, no obstante pretende restringir la legítima defensa ejercida en ese marco mediante el principio de proporcionalidad, al que a su juicio está sometida toda actuación de

---

de Derecho policial, no de Derecho penal o de Derecho civil". Contra la tesis de la incorporación Schwabe, 1979, 38.

[167] En cambio, Spendel, LK[11], § 32, nm. 276, intenta exponer que las regulaciones de las leyes policiales "en parte" amplían incluso del derecho general a la legítima defensa.

[168] Schaffstein, Schröder-GS, 1978, 111 ss.

la autoridad. Esto es en principio correcto; ahora bien, dado que la proporcionalidad no requiere una ponderación de bienes, sino de intereses, en definitiva sólo conduce a las —sin duda no escasas— "restricciones ético-sociales" a las que también está sujeto el derecho de legítima defensa del particular [169]. Por consiguiente sólo para aquellos autores que con un rigorismo excesivo no aceptan que la legítima defensa privada se vincule a ninguna (o casi ninguna) consideración ético-social, se producirá una diferencia entre la extrema legítima defensa privada y la moderada legítima defensa pública. Aunque lo cierto es que, también según la opinión aquí mantenida, de hecho y por regla general un policía tendrá que proceder al actuar en legítima defensa de modo más considerado que un particular; pues aquél esta mejor formado y dotado para hacer frente a agresiones que el ciudadano corriente, por lo que puede lograr el objetivo con medidas defensivas menos intromisivas.

96 En contradicción con el resultado que aquí se ha propuesto de considerar que el § 32 también es aplicable a la actuación de los agentes de la autoridad, la sent. BVerfGE 33, 1 (17), sostiene, respecto del caso especial de que el director de un establecimiento penitenciario intercepte y retenga cartas injuriosas de los presos invocando la legítima defensa de terceros (aquí en favor del injuriado), que los órganos estatales no pueden "ingerirse sin una autorización especial en el ámbito protegido de los derechos fundamentales de los ciudadanos". Pues bien, parece plausible esa posición de que no se pueden interceptar y retener tales cartas; pero aquí no es planteable sin más la legítima defensa, puesto que la injuria ya está consumada al ser conocida por el director del centro (¡y no sólo cuando la conozca el destinatario!), y por tanto ya no se puede impedir en absoluto. Y no es asunto que incumba al director del centro evitar que el destinatario tenga conocimiento de la carta y privarle de la posibilidad de decidir si quiere o no proceder judicialmente contra ella. Por tanto, en ese contexto no era preciso recurrir al derecho a la legítima defensa de los representantes de la autoridad. Por lo demás, en los restantes casos por lo general la jurispr. ha admitido que los órganos estatales pueden invocar los derechos de necesidad de los §§ 32 y 34; y de consecuencias especialmente trascendentes ha sido el "bloqueo de contactos" basado en el § 34 en el caso del secuestro de Schleyer (BGHSt 27, 260; cfr. § 16, nm. 46, 88 s.) [170]. No obstante, la jurispr. aún tiene pendiente de realizar una discusión clarificadora y de principio sobre el estado de la polémica.

---

[169] Cfr. Sch/Sch/Lenckner[24], § 32, nm. 42 c.

[170] Críticamente al respecto Amelung, NJW 1978, 623; Sydow, JuS 1978, 222.

X. La defensa de terceros

Respecto del auxilio necesario o defensa de un tercero frente a agresiones antijurídicas, en principio no rige nada distinto que respecto de la autodefensa o legítima defensa en sentido estricto, puesto que el legislador las ha equiparado a ambas al definir la legítima defensa como la defensa que "es necesaria para impedir o repeler (o hacer frente a) una agresión actual y antijurídica contra uno mismo o contra otro" (§ 32 II). Ahora bien, el derecho a la defensa de un tercero sólo es aplicable en la medida en que el agredido quiera ser defendido (BGHSt 5, 248; BGH StrV 1987, 59; cfr. ya nm. 1). Ello se deriva del principio de protección individual: si no hay un bien jurídico individual necesitado de protección, el ciudadano no tiene derecho de defensa (para más detalles nm. 1, 35 ss.). Esto es algo que sólo lo discuten algunos contados autores [171], que desvinculan la idea del prevalecimiento del Derecho de la de protección individual. Pero la vinculación a la protección individual no sólo es necesaria para poner límites a las facultades de uso de la fuerza por parte del particular, sino que también es la única que permite una solución político-socialmente adecuada de los conflictos personales. Así p.ej., en el caso de BGHSt 26, 256, un hombre había querido ayudar a una joven, a la que estaba pegando su novio. Y al principio era adecuado ese apoyo; pero luego dejó de ser correcto continuar ese auxilio cuando se puso de manifiesto que la joven ya no le daba mayor importancia y prefería seguir discutiendo a solas con su novio: pues debido a la intromisión no solicitada se produjo una escalada que acabó con la muerte del hombre cuyo auxilio ya no se solicitaba; y esto es algo que no debería favorecer el Derecho penal. **97**

Ahora bien, para enjuiciar el auxilio no solicitado hay que diferenciar en concreto del modo siguiente: **98**

(1) Cuando quepa el consentimiento y se pueda interpretar en ese sentido el comportamiento del agredido, faltará la agresión antijurídica, por lo que la legítima defensa está ya excluida por esa razón. Así, si una mujer no presta resistencia en serio a los ataques sexuales de un hombre, o si el dueño de la vivienda, por un romántico cambio de opinión, le regala al ladrón que había penetrado en la casa el objeto apetecido, falta la amenaza para el bien jurídico y con ello el presupuesto básico de la situación de legítima defensa. Así ocurría también en BGHSt 5, 247 s., en que los espectadores que había en un cine y a los que un "auxiliador" quería preservar de la visión de ciertas escenas de una película presuntamente escandalosas, sí que querían ver esas escenas y por eso era de antemano imposible que resultaran perturbados sus derechos de la personalidad.

[171] Schroeder, Maurach-FS, 1972, 141; Schmidhäuser, StuB AT^2, 6/80.

99 (2) El supuesto problemático propiamente dicho se da cuando hay una agresión antijurídica, pero el agredido quiere renunciar a la intervención de un tercero defensor. Así p.ej. si alguien ciertamente quisiera impedir un hurto, pero no quiere que se actúe con armas de fuego contra el ladrón [172]. En tal caso habrá que prohibirle también al tercero defensor el uso del revólver, pues no hay ningún motivo para imponerle al agredido una protección a la que éste quiere renunciar por razones bien ponderadas. Distinto será si la renuncia a la defensa se debe únicamente al miedo a posteriores represalias del agresor, pues en tal caso la renuncia puede ser ineficaz por defectos de la voluntad [173]. Otro caso de actualidad es el de que el agredido (p.ej. en una toma de rehenes) no desee un determinado modo de proceder contra el agresor porque tema verse de ese modo él mismo en peligro; y esto lo tendrá que respetar por regla general el tercero defensor [174]. Jakobs [175] considera que excepcionalmente no será decisiva la voluntad del agredido si lo único que le importa a éste es ser él personalmente, en vez del tercero defensor, quien provoque el resultado de la defensa: así si "el agredido quiere realizar la defensa de propia mano, pero se le anticipa el auxiliador", caso en el que sostiene que es lícita la defensa del tercero. Pero esta solución no es convincente: primero, porque el agredido puede tener buenas razones para poner a prueba su capacidad de defenderse por sí mismo; y en segundo lugar, porque puede querer reservarse la decisión de hasta dónde llegar en la defensa, mientras que ya no podría influir en el curso del hecho si contra su voluntad un tercero asume y controla la defensa. En el único caso en que el agredido no podrá rechazar al tercero defensor será cuando éste disponga de un medio defensivo menos lesivo y con su ayuda se pueda evitar p.ej. el uso de un arma de fuego; pues entonces ya no será necesaria una defensa del propio agredido (cfr. nm. 48).

100 (3) También es irrelevante la voluntad del agredido en los casos en que no pueda disponer del bien jurídico amenazado. Así p.ej. se puede impedir en legítima defensa de terceros un homicidio a petición de la víctima (§ 216), a pesar de que la víctima no quiere ser salvada; pues, dado que aquí se protege el bien jurídico individual contra la declarada voluntad de la víctima, no tendría sentido dejar que su voluntad decidiera sobre la actuación del tercero defensor. Y lo propio sucede en el caso del § 226 a [lesiones con consentimiento ineficaz] [176].

---

[172] Ejemplo de Jakobs, AT², 12/59.

[173] Para más detalles Seier, NJW 1987, 2478 ss., que propone aplicar correlativamente las reglas del consentimiento.

[174] Cfr. Maurach/Zipf, AT/1⁸, 26/52, adhiriéndose a OLG Frankfurt MDR 1970, 695. Tb. Seier, NJW 1987, 2481, opina que pese a la situación de necesidad la prohibición de defensa de terceros debe considerarse como un asunto de la propia responsabilidad de la víctima si se formula "en un enjuiciamiento acertado de la situación de crisis".

[175] Jakobs, AT², 12/60.

[176] Sobre ello Seier, NJW 1987, 2482, con instructivos ejemplos.

En no pocas ocasiones la situación del tercero defensor requerirá una actuación tan rápida que no se podrá esperar hasta investigar la voluntad del agredido. En tal caso, si no hay datos que apoyen una suposición distinta, por la vía del consentimiento presunto hay que partir de la hipótesis de que el agredido quiere ser defendido dentro de los límites de lo necesario; y entonces la legítima defensa de terceros estará justificada aunque posteriormente resulte que el agredido habría decidido de modo distinto si hubiera sido posible consultarle. Para ilustrarlo con ejemplo muy craso de Jakobs [177]: "Quien en defensa necesaria salva a la víctima de una tentativa de homicidio que está... inconsciente, matando al agresor..., actúa justificadamente, aun cuando después se compruebe que la víctima se había dado cuenta de que el agresor era su hijo y prefería soportar su propia muerte a que se produjera la de su hijo". **101**

Según Seelmann [178], la legítima defensa de terceros (a diferencia de la defensa propia) sólo debe admitirse dentro del marco de la proporcionalidad entre el daño impedido y el producido: "En caso de defensa de terceros ha de haber proporcionalidad entre el bien jurídico agredido y el lesionado por la acción auxiliadora". Pero esta posición no se puede compartir [179]. En efecto, una cierta medida de proporcionalidad (aunque no primariamente entre los bienes jurídicos sino entre los intereses en pugna de autor y víctima) ya se garantiza por igual para la defensa propia y de terceros a través de las restricciones ético-sociales de la legítima defensa (nm. 51 ss.). Pero la ley no ofrece el menor punto de apoyo para que, más allá de eso, se coloque en peor posición al defensor de un tercero, cosa que además daría lugar a resultados insatisfactorios: En tal caso, precisamente los ancianos y las personas indefensas, que no se pueden defender por sí mismos, no podrían ser protegidos en la misma medida que se le autoriza sin más a cualquier hombre fuerte para su autodefensa; y eso operaría justamente como incitación a agredir a los débiles. Y también sería un resultado incomprensible que ante una actuación conjunta del agredido y el tercero que le defiende pudiera darse el caso de que ¡por la misma e idéntica acción defensiva el agredido resultara justificado y en cambio el tercero defensor (por falta de proporcionalidad) fuera castigado! Por tanto, hay que dar la razón al BGH (E 27, 313) cuando ha considerado justificada la actuación de un empleado que con un disparo mortal salvó a su jefe, que había sido atracado por varios hombres. **102**

En un sector parcial pretende Hoffmann-Riem [180] continuar reduciendo aún más la legítima defensa de terceros, al sostener que los "defensores profesionales de terceros" no pueden ampararse en absoluto en el § 32. O sea que, **103**

---

[177] Jakobs, AT², 12/62.
[178] Seelmann, ZStW 89 (1977), 60.
[179] Cfr. Roxin, ZStW 93 (1981), 71, n. 8 [= CPC 1982, 300, n. 8; N. del T.]; Sch/Sch/Lenckner²⁴, § 32, nm. 42; Jakobs, AT², 12/59, n. 115; Seier, NJW 1987, 2476.
[180] Hoffmann-Riem, ZRP 1977, 277 ss.

según esto, ¡un guardaespaldas contratado no podrá matar de un disparo al sujeto que va a cometer un atentado, y una empresa de vigilancia y seguridad no podrá proceder violentamente contra el ladrón que penetra en una casa y volver a quitarle el botín, y un servicio de seguridad contratado por el municipio para que actúe en el metro tampoco podrá proteger a los viajeros de atracos y asaltos! Pero tal restricción va también contra la ley, que no ha limitado el § 32 a los defensores de terceros no retribuidos; y además es político-socialmente inadmisible [181], porque la policía no puede estar presente en todas partes, y en su ausencia la prohibición de una protección privada suficiente sólo serviría para envalentonar a los delincuentes violentos y socavar la seguridad jurídica. Hasta ahora no se conoce que se hayan producido, en una medida digna de mención, abusos y excesos de los servicios privados y retribuidos de seguridad, cuyo temor es lo que ha motivado a Hoffmann-Riem en su radical propuesta; pero además se pueden impedir fácilmente, puesto que todo exceso de la legítima defensa de terceros es a su vez punible. Y además, los servicios privados de seguridad, debido al peligro de que se les clausure la empresa y se les prohíba el ejercicio profesional, por su propio interés tendrán buen cuidado en no abandonar el terreno de la legalidad.

XI. La limitación de la legítima defensa a la actuación contra el agresor y sus bienes jurídicos

104 Una actuación defensiva que se mantenga dentro del § 32 sólo está justificada por legítima defensa en la medida en que dañe bienes jurídicos del agresor. Es cierto que el tenor literal del § 32 no lo dice expresamente (a no ser que se quiera interpretar que el término "defensa" implica la limitación de los efectos de la legítima defensa al agresor); pero naturalmente el prevalecimiento del Derecho, que junto con la protección individual es lo característico de toda legítima defensa, sólo tiene sentido frente al agresor y no frente a terceros que no han intervenido en la agresión. Por consiguiente, una ingerencia en los bienes jurídicos de terceros no implicados sólo podrá estar en su caso justificada según las reglas del estado de necesidad agresivo (§§ 904 BGB, 34) o exculpada en virtud del § 35 [estado de necesidad disculpante]; y si no concurren los requisitos de esos preceptos o de otras causas de justificación o de exculpación, la lesión será incluso punible. Por tanto, quien dispara a un ladrón que huye con el botín, aceptando la posibilidad de que la bala alcance además a un transeúnte ajeno a ello, es cierto que estará justificado en cuanto a la lesión del ladrón, pero deberá ser castigado por lesiones dolosas

[181] Convincentemente contra Hoffmann-Riem, Schwabe, ZRP 1978, 165 ss.; tb. en contra de una restricción de la legítima defensa respecto de la "defensa de terceros organizada", con una argumentación diferenciada, Kunz, ZStW 95 (1983), 973 ss.

causadas al transeúnte. Y quien dispara a un atracador que amenaza su vida o integridad, estará —ciertamente— exculpado (§ 35) por las lesiones a terceros, cuya posible causación había aceptado; pero como su actuación sólo está disculpada, y no justificada, el tercero puede a su vez actuar en legítima defensa contra él.

Actualmente esto es algo que se reconoce en doctrina [182] y jurispr. [183] de modo general. En RGSt 23, 116, los clientes de un bar se habían defendido de unas agresiones antijurídicas con unas jarras de cerveza, que con ello se podrían haber roto; y el RG consideró correctamente que el hecho de apoderarse de las jarras no estaba justificado por legítima defensa, pero sí por estado de necesidad. En RGSt 58, 27, un marido, que había querido golpear a un intruso que había penetrado de noche en su casa, le dio sin querer a su mujer; las lesiones imprudentes —en caso de que se consideren como tales— causadas a la mujer a lo sumo sólo podrían estar disculpadas por el § 35. En la sent. OLG Frankfurt MDR 1970, 694, el tercero defensor lesionó, no al agresor, sino sin querer a la propia mujer agredida; y el tribunal, respecto de esas lesiones imprudentes que eventualmente podrían concurrir, apreció su justificación por consentimiento presunto de la agredida. **105**

Tampoco la lesión de bienes jurídicos de la comunidad puede estar justificada por legítima defensa. Sin embargo, ello se admitió en la jurispr. antigua. Así, en RGSt 21, 168, un párroco, durante el sermón de la misa dominical, había injuriado desde el púlpito con expresiones denigratorias al alcalde que estaba allí presente (llamándole entre otras cosas siervo del demonio e hipócrita repugnante), ante lo cual el alcalde, para impedir que continuara injuriándole, gritó: "¡silencio, a callar!". Contra lo que resolvió el RG, la perturbación del servicio divino (§ 167) que ello implicaba no se podía justificar por legítima defensa, ya que afectaba no sólo al párroco, sino al conjunto de los asistentes. No obstante, hoy habría que haber examinado la posibilidad de justificación en virtud del § 34 [184]; y si en aquel momento se recurrió a la legítima defensa, fue sólo porque aún no existía el § 34 [185]. En la sent. del OLG Celle NJW 1969, 1775 [186], un hombre que por su embriaguez no estaba en condiciones de conducir había salido con un coche a ayudar a una muchacha, para salvarla de un intento de rapto; en todo caso, la legítima defensa de un tercero que ello suponía no podía justificar la infracción del § 316, pero en ese aspecto habría **106**

[182] Para referencias de concepciones discrepantes en la doctrina antigua cfr. LK[11]-Spendel, § 32, nm. 204, n. 428, nm. 206, n. 431.

[183] Cfr. BGHSt 5, 248: "Ni el agredido ni su defensor pueden lesionar derechos de terceros".

[184] Que a mi juicio debería aceptarse, porque en la ponderación hay que tener en cuenta que el servicio divino ya había sido perturbado por la conducta del párroco, que era precisamente lo que el alcalde quería impedir que prosiguiera.

[185] Aún hoy se pueden encontrar vestigios de la sent. RGSt 21, 168, en la jurispr. moderna; cfr. OLG Celle NJW 1969, 1775, y BGH MDR (H) 1981, 808.

[186] Sobre ella Widmaier, JuS 1970, 611; Horn, NJW 1969, 2156.

que haber examinado la aplicabilidad del § 34. Lo mismo ocurre en el conocido caso de manual, en que un campesino oculta a un delincuente peligroso sustrayéndolo a la policía porque éste le ha amenazado con que de lo contrario le incendiaría la granja [187]; el encubrimiento que ello supone (§ 258) no está amparado por legítima defensa, pero la posibilidad de que el sujeto estuviera justificado por el § 34 es una cuestión de ponderación (que por cierto hay que resolver en sentido afirmativo). Y tampoco ampara el § 32 la tenencia ilegal del arma de fuego utilizada en la defensa (en cambio, afirmativamente BGH NStZ 1981, 299), pero en ese caso también hay que plantear la posibilidad de un estado de necesidad justificante [188]. Por otra parte, el porte ilegal de un arma de fuego no obsta a la justificación de la actuación defensiva realizada en una situación de legítima defensa (BGH NStZ 1986, 357).

107 Sólo en un caso excepcional sigue sosteniendo actualmente una opinión bastante extendida [189] que se justifica por el § 32 la intromisión en los derechos de terceros subyacente en una acción de legítima defensa: si alguien emplea cosas ajenas como medio agresivo o las utiliza de otro modo en la agresión. Por tanto, si p.ej. el arma o el traje del agresor han sido comprados bajo reserva de dominio, los daños que se les causen al repeler la agresión estarán amparados por legítima defensa; opinión que también hizo suya RGSt 58, 29. Sin embargo, tampoco en tales situaciones es preciso realizar una inconsecuente ampliación del § 32, pues los daños causados a los medios agresivos están justificados en todo caso por el estado de necesidad defensivo frente a cosas (§ 228 BGB). Ello también vale para el caso —que Spendel [190] cree que sólo se puede resolver aplicando el § 32— de que el propietario cause daños a un coche ajeno que el ladrón utiliza para transportar el botín; dicho coche también pone en peligro la propiedad (de las cosas sustraídas), por lo que según el § 228 BGB se lo puede dañar aunque sea de mayor valor que el objeto del hurto. Y quien dispara a la pierna a un atracador y con ello agujerea el traje de propiedad ajena que lleva el mismo, actúa justificado por el § 904 BGB. Sólo presenta dificultades el caso infrecuente de que alguien, para defender una cosa de poco valor, dañe el traje muy caro del agresor, pero que no le pertenece a éste. Sin embargo, una aplicación como mínimo analógica del § 228 BGB nos lleva a la justificación: pues el traje forma una unidad con el propio agresor, por lo que conforme a la idea rectora del § 228 BGB la actuación defensiva también se ha de poder dirigir contra aquél.

108 Hasta ahora se ha discutido poco la cuestión de si la lesión de bienes jurídicos del agresor está amparada por legítima defensa sin más, o sólo en

---

187 Cfr. LK[11]-Spendel, § 32, nm. 207.

188 Para más detalles Maatz, MDR 1985, 881.

189 Baumann/Weber, AT[9], § 21 II 1 c; Dreher/Tröndle[46], § 32, nm. 15; LK[11]-Spendel, § 32, nm. 211, con ulteriores citas; Welzel, StrafR[11], 87 [= PG, 1987, 127; N. del T.].

190 LK[11]-Spendel, § 32, nm. 211.

la medida en que los mismos sirvan para la agresión [191]. ¿Se le puede "arrojar su valiosa porcelana de Meissen" al propio agresor ilegítimo [192]? La respuesta ha de ser afirmativa [193] y no es preciso limitar la lesión de esos bienes jurídicos neutrales en cuanto a la agresión al marco (más restringido) del § 34; pues las cosas del agresor pertenecen a su esfera y por eso es adecuado que el mismo tenga que sacrificarlas dentro de lo que sea necesario para la defensa.

XII. ¿La voluntad de defensa como elemento subjetivo de justificación?

La cuestión de si y hasta qué punto la justificación por legítima defensa requiere que el sujeto haya actuado con voluntad defensiva, ya ha sido aclarada en sus aspectos fundamentales al tratar los elementos subjetivos de justificación (§ 14, nm. 91 ss.). En consecuencia, para que el defensor esté justificado ha de actuar con conocimiento de la situación de legítima defensa; pero en cambio, no es necesaria una ulterior voluntad de defensa en el sentido de que el sujeto tenga que estar motivado por su interés en la defensa (y no, p.ej., por cólera o por la intención de dañar al agresor). Si el sujeto no es consciente de la situación de legítima defensa que objetivamente concurre, su acción debe enjuiciarse como tentativa imposible. 109

No hay razones específicas de la legítima defensa y derivadas de la estructura especial del § 32 que modifiquen lo más mínimo esa conclusión. No es cierto que sólo concurra una "defensa" si el agredido obra para defenderse, sino que ya la hay si sabe que está repeliendo una agresión actual y antijurídica. Y a la idea del prevalecimiento del Derecho, que está tras la legítima defensa, ya se le da cumplida satisfacción, tanto objetiva como subjetivamente, si el sujeto —por los motivos que sea— actúa con conciencia de que está imponiendo el Derecho frente al injusto [194]. Pero ni el concepto de "defensa" en el § 32 II ni el principio del prevalecimiento del Derecho obligan tampoco a castigar al sujeto que, desconociendo la situación de defensa, actúa de modo objetivamente adecuado por un delito consumado, en vez de castigarle sólo por tentativa [195]: pues objetivamente también se da en ese caso una defensa y una afirmación del Derecho frente al injusto, por lo que es adecuado excluir la legítima defensa propia y de terceros contra esa actuación [196]; y la intención agresiva antijurídica del sujeto es abarcada en su caso mediante el castigo por tentativa inidónea. 110

[191] En el último sentido Stratenwerth, AT³, nm. 428.
[192] Ejemplo de Jakobs, AT², 12/28.
[193] Así (pese a sus propias dudas) Jakobs, AT², 12/28.
[194] Certeramente Gallas, Bockelmann-FS, 1979, 176, n. 56.
[195] Así (en el primer sentido), sin embargo, Gallas, Bockelmann-FS, 1979, 176 s.
[196] Cfr. Frisch, Lackner-FS, 1987, 120 s.

§ 16. El estado de necesidad justificante y casos afines

Bibliografía: Stammler, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstands, 1878; Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, 1895; Oetker, Über Notwehr und Notstand nach den §§ 227, 228, 904 des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1903; Kühn, Die Pflichtenkollision im Strafrecht, 1908; Oetker, Notwehr und Notstand, en: VDA, t. 2, 1908, 255; Neubecker, Zwang und Notstand in rechtsvergleichender Darstellung, t. 1, 1910; Baumgarten, Notstand und Notwehr, 1911; Goldschmidt, Der Notstand, ein Schuldproblem, Österreichische Zeitschrift für Strafrecht, 1913, 129; v. Weber, Das Notstandsproblem und seine Lösungen in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925, 1925; A. Köhler, Der Notstand im künftigen Strafrecht, 1926; Broglio, Der strafrechtliche Notstand im Licht der Strafrechtsreform, 1928; Oetker, Hilfeleistung in Staatsnotwehr und Staatsnotstand, GerS 97 (1928), 411; Eb. Schmidt, Das Reichsgericht und der "übergesetzliche Notstand", ZStW 49 (1929), 350; Jansen, Pflichtenkollisionen im Strafrecht, Str. Abh. 269, 1930; Oetker, Notwehr und Notstand, Frank-FS, t. I, 1930, 359; Wachinger, Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts, Frank-FS, t. I, 1930, 469; Grünhut, Grenzen des übergesetzlichen Notstands, ZStW 51 (1931), 455; Siegert, Notstand und Putativnotstand, 1931; Henkel, Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht, 1932; Stock, Über Staatsnotwehr und Staatsnotstand, GerS 101 (1932), 148; Marx, Grundprinzipien des Rechts und übergesetzlicher Notstand, 1933; Bockelmann, Hegels Notstandslehre, 1935; Maurach, Kritik der Notstandslehre, 1935; Boldt, Staatsnotwehr und Staatsnotstand, ZStW 56 (1937), 183; v. Weber, Von Diebstahl in rechter Hungersnot, MDR 1947, 78; v. Weber, Die Pflichtenkollision im Strafrecht, Kiesselbach-FS, 1947, 233; Klefisch, Die nationalsozialistische Euthanasie im Blickfeld der Rechtsprechung und Rechtslehre, MDR 1950, 258; Welzel, Zum Notstandsproblem, ZStW 63 (1951), 47; Kern, Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64 (1952), 255; Gallas, Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, Mezger-FS, 1954, 311 (= Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 59); Zimmermann, Die Gefahrengemeinschaft als Rechtfertigungsgrund, MDR 1954, 147; Welzel, Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik, JZ 1955, 142; Stratenwerth, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956), 41; Weinkauff, Über das Widerstandsrecht, 1956; Brauneck, Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA 1959, 261; End, Existentielle Handlungen im Strafrecht, 1959; Evers, Existenzphilosophie und rechtliche Pflichtenkollision, JR 1960, 369; Schröder, Die Not als Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgrund im deutschen und schweizerischen Strafrecht, SchwZStr 76 (1960), 1; Heinitz, Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit, Eb. Schmidt-FS, 1961, 266; Schröder, Die Notstandsregelung im Entwurf 1959 II, Eb. Schmidt-FS, 1961, 290; Androulakis, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963; Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, 1965; Rudolphi, Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. d. §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?, ZStW 78 (1966), 67; Gallas, Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 (1968), 1; O. Lampe, Defensiver und aggressiver übergesetzlicher Notstand, NJW 1968, 88; v. Peter, Bemerkungen zum Widerstandsrecht des Art. 20 IV GG, DÖV 1968, 719; Reichl, Widerstandsrecht und politischer Streik in der neuen Verfassung und im neuen Strafrecht, Der Betrieb 1968, 1312; Doehring, Das Widerstandsrecht des Grundgesetzes und das überpositive Recht, Der Staat 8 (1969), 429; Isensee, Das legalisierte Widerstandsrecht, 1969; Lenckner, Ärztliche Hilfeleistungspflicht und Pflichtenkollision, MedKlin 64 (1969), 1000; Rödig, Die Denkform der Alternative in der Juriprudenz, 1969; Scheidle, Das Widerstandsrecht, 1969; H. Schneider, Widerstand im Rechtsstaat, 1969; Bertram, Das Widerstandsrecht des Grundgesetzes, 1970; Böckenförde, Die Kodifizierung des Widerstandsrechts im Grundgesetz, JZ 1970, 168; Herzog, Das positivierte Widerstandsrecht, Merkl-FS, 1970, 99; Geilen, Probleme der Organtransplantation, JZ 1971, 41; Kröger, Widerstandsrecht und demokratische Verfassung, 1971; Küper, Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldi-

gung, JuS 1971, 474; Arth. Kaufmann, Rechtsfreier Raum und eigenverantworthliche Entscheidung, Maurach-FS, 1972, 327; Arth. Kaufmann (ed.), Widerstandsrecht, 1972; Mangakis, Die Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts, ZStW 84 (1972), 447; Ulsenheimer, Strafbarkeit des Garanten bei Nichtvornahme der einzig möglichen, aber riskanten Rettungshandlung, JuS 1972, 252; Warda, Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, Maurach-FS, 1972, 143; Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, [2]1973; Stree, Rechtswidrigkeit und Schuld im neuen Strafgesetzbuch, JuS 1973, 461; Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973; Gimbernat Ordeig, Der Notstand: Ein Rechtswidrigkeitsproblem, Welzel-FS, 1974, 485; Samson, Legislatorische Erwägungen zur Rechtfertigung der Explantation von Leichenteilen, NJW 1974, 2030; Amelung/Schall, Zum Einsatz von Polizeispitzeln etc., JuS 1975, 565; Kienapfel, Der rechtfertigende Notstand, ÖJZ 1975, 421; Krey, Der Fall Peter Lorenz - Probleme des rechtfertigenden Notstandes bei der Auslösung von Geiseln, ZRP 1975, 97; Merten, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, 1975; Pröchel, Die Fälle des Notstands nach anglo-amerikanischem Strafrecht, 1975; Stree, Rechtswidrigkeit und Schuld, en: Roxin/Stree/Zipf/Jung, Einführung in das neue Strafrecht, [2]1975; Küper, Zum rechtfertigenden Notstand bei Kollision von Vermögenswerten, JZ 1976, 515; Roxin, Zur Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Entfernung von Leichenteilen (§ 168 StGB) etc., JuS 1976, 505; Amelung, Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates?, NJW 1977, 833; Bockelmann, Notrechtsbefugnisse der Polizei, Dreher-FS, 1977, 235; Hruschka, Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, Dreher-FS, 1977, 189; de Lazzer/Rohlf, Der "Lauschangriff", JZ 1977, 207; Schwabe, Zur Geltung von Rechtfertigungsgründen des StGB für Hoheitshandeln, NJW 1977, 1902; Amelung, Nochmals: § 34 StGB als öffentlichrechtliche Eingriffsnorm?, NJW 1978, 622; Böckenförde, Der verdrängte Ausnahmezustand, NJW 1978, 1881; Kirchhof, Polizeiliche Eingriffsbefugnisse und private Nothilfe, NJW 1978, 969; Lange, Terrorismus kein Notstandsfall?, NJW 1978, 784; Lee, Interessenabwägung und Angemessenheitsprüfung im rechtfertigenden Notstand des § 34 StGB, tes. doct. Heidelberg, 1978; Ostendorf, § 34 StGB - der neue Notstandsartikel des Grundgesetzes, Recht und Politik 1978, 137; Otto, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, [3]1978; Schaffstein, Der Maßstab für das Gefahrurteil beim rechtfertigenden Notstand, Bruns-FS, 1978, 89; Schaffstein, Die strafrechtlichen Notrechte des Staates, Schröder-GS, 1978, 97; Seelmann, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, 1978; Sydow, Forum: § 34 StGB - kein neues Ermächtigungsgesetz!, JuS 1978, 222; Dencker, Der verschuldete rechtfertigende Notstand, JuS 1979, 779; Dingeldey, Pflichtenkollision und rechtsfreier Raum, Jura 1979, 478; Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Bockelmann-FS, 1979, 155; Gössel, Über die Rechtmäßigkeit befugnisloser strafprozessualer rechtsgutsbeeinträchtigender Maßnahmen, JuS 1979, 162; Grebing, Die Grenzen des rechtfertigenden Notstands im Strafrecht, GA 1979, 81; Hruschka, Rettungspflichten in Notstandssituationen, JuS 1979, 385; Krey, Examensklausur Strafrecht - Fall zu Problemen des rechtfertigenden und entschuldigenden Notstandes, Jura 1979, 316; Küper, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979; Hruschka, Rechtfertigung oder Entschuldigung im Defensivnotstand?, NJW 1980, 21; Küper, Die sog. "Gefahrtragungspflichten" im Gefüge des rechtfertigenden Notstandes, JZ 1980, 755; Schroeder, Notstandslage bei Dauergefahr, JuS 1980, 336; Wilhelm, Eingriffsbefugnisse des Staates aufgrund rechtfertigenden Notstands aus strafrechtlicher Sicht, tes. doct. Köln, 1980; Küper, Tötungsverbot und Lebensnotstand, JuS 1981, 785; K.-H. Peters, "Wertungsrahmen" und "Konflikttypen" bei der "Konkurrenz" zwischen § 34 StGB und den besonderen Rechtfertigungsgründen?, GA 1981, 445; Blank, Die strafrechtliche Bedeutung des Art. 20 IV GG, 1982; Bottke, Suizid und Strafrecht, 1982; Bottke, Das Recht auf Suizid und Suizidverhütung, GA 1982, 346; K. Huber, § 34 StGB als Rechtfertigungsgrund für hoheitliches Handeln, tes. doct. München, 1982; Dreier, Widerstand und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, en: Glotz (ed.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 1983, 54; Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; Hruschka, Pflichtenkollision und Pflichtenkonkurrenz, Larenz-FS, 1983, 257; Küper, Der "verschuldete" rechtfertigende Notstand, 1983; Küper, Der entschuldigende Notstand - ein Rechtfertigungsgrund?, JZ 1983, 88; Küper, Das "Wesentliche" am "wesentlich überwiegenden Interesse", GA 1983, 289; Ruppelt, Maßnahmen ohne Rechtsgrundlage, 1983; Schüler-Springorum, Strafrechtliche Aspekte zivilen Ungehorsams, en: Glotz (ed.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 1983, 76; Seelmann, Zur materiell-rechtlichen Problematik des V-

Mannes, ZStW 95 (1983), 797; Karpen, "Ziviler Ungehorsam" im demokratischen Rechtsstaat, JZ 1984, 249; Arth. Kaufmann, Das Widerstandsrecht der kleinen Münze, Tammelo-GS, 1984, 85; Weber, Examensklausur Strafrecht: Das Urteil, Jura 1984, 367; Faller, Gewissensfreiheit und ziviler Ungehorsam, Kirchner-FS, 1985, 67; Günther, Mordunrechtsmindernde Rechtfertigungselemente, JR 1985, 268; Hassemer, Ziviler Ungehorsam - ein Rechtfertigungsgrund?, Wassermann-FS, 1985, 325; Lenckner, Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, GA 1985, 295; Middendorff, Claus Graf Schenk von Stauffenberg, Jescheck-FS, t. 2, 1985, 1175; Riegel, §§ 32, 34 StGB als hoheitliche Befugnisgrundlage?, NVwZ 1985, 639; Roxin, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, Jescheck-FS, 1985, 457; Roxin, Die notstandsähnliche Lage - ein Strafunrechtsausschließungsgrund?, Oehler-FS, 1985, 181; Zilkens, Zur Rechtfertigung lebensnotwendiger Operationen bei verweigerter Einwilligung, tes. doct. Köln, 1985; Amelung, Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, JuS 1986, 329; Herdegen, Gewissensfreiheit und Strafrecht, GA 1986, 97; Herzberg, Der Fall Hackethal: Strafbare Tötung auf Verlangen?, NJW 1986, 1635; Joerden, Dyadische Fallsysteme im Strafrecht, 1986; Küper, Darf sich der Staat erpressen lassen?, 1986; Laker, Ziviler Ungehorsam, 1986; Ley, Der Rückgriff auf die Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts, Die Polizei 1986, 7; Penning, Entnahme von Leichenteilen zu Transplantationszwecken - Straftat, ärztliche Pflicht oder beides?, Medizin und Recht 1986, 440; Seier, Die unnötige Rettungsfahrt, JuS 1986, 217; Zilkens, Anwendbarkeit des § 34 StGB bei verweigerter Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen?, Arztrecht 1986, 119; Frisch, Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements, Lackner-FS, 1987, 113; Hellmann, Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1987; Küper, Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, 81; Laufs/Laufs, Aids und Arztrecht, NJW 1987, 2257; Lenckner, Das Merkmal der "Nicht-anders-Abwendbarkeit" der Gefahr in den §§ 34, 35 StGB, Lackner-FS, 1987, 95; Prittwitz, Sitzblockaden — ziviler Ungehorsam und strafbare Nötigung?, JA 1987, 17; Bath, Notwehr und Notstand bei der Flucht aus der DDR, tes. doct. Berlin, 1988; Delonge, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB und ihr Verhältnis zu den übrigen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen, 1988; Lenckner, Strafrecht und ziviler Ungehorsam, JuS 1988, 349; Neumann, Der strafrechtliche Nötigungsnotstand - Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund?, JA 1988, 329; Bergmann, Die Grundstruktur des rechtfertigenden Notstandes (§ 34 StGB), JuS 1989, 109; Dimitratos, Das Begriffsmerkmal der Gefahr in den strafrechtlichen Notstandsbestimmungen, 1989; Mitsch, Trunkenheitsfahrt und Notstand, JuS 1989, 964; Rudolphi, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 371; Harrer, Die Rechtsnatur der Indikationen des § 218 a StGB, Jura 1990, 353; Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), 1990; Wagner, Psychiatrische Zwangsbehandlung und rechtfertigender Notstand (§ 34 StGB), R & P 1990, 166; Joerden, § 34 S. 2 StGB und das Prinzip der Verallgemeinerung, GA 1991, 411; Kiefner, Die Provokation bei Notwehr (§ 32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB), tes. doct. Gießen, 1991; Ludwig "Gegenwärtiger Angriff", "drohende" und "gegenwärtige Gefahr" im Notwehr- und Notstandsrecht, 1991; Lugert, Zu den erhöht Gefahrtragungspflichtigen im differenzierten Notstand, 1991; Hirsch, Gefahr und Gefährlichkeit, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 545; Joerden, Interessenabwägung im rechtfertigenden Notstand bei mehr als einem Eingriffsopfer, GA 1993, 245; Kelker, Der Nötigungsnotstand, 1993; Roxin, Strafrechtliche Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam, Schüler-Springorum-FS, 1993, 441; Wasek, Der Notstand im polnischen Strafrecht aus rechtsvergleichender Sicht, ZStW 105 (1993), 306.

Ulterior bibliografía en LK[10]-Hirsch, antes del § 32, en nm. 83, así como en los manuales y Comentarios de Derecho político.

A. El precepto básico del § 34

I. La evolución del derecho de estado de necesidad actualmente vigente

El StGB de 1871 sólo establecía los preceptos sobre estado de necesidad de 1
los §§ 52 y 54 v. a., equivalentes al actual § 35, aunque formulados de modo algo más estricto. Con la entrada en vigor del BGB el 1-1-1900 se añadieron, junto a regulaciones concretas en leyes especiales, sobre todo las dos regulaciones del estado de necesidad del BGB que son importantes hasta hoy: la defensa frente a cosas (o más exactamente: el estado de necesidad defensivo del Derecho civil) del § 228 BGB, y el estado de necesidad agresivo jurídicocivil del § 904 BGB. Fue preciso el trabajo intelectual de dos generaciones [1] hasta que hacia 1930 se impuso en la doctrina científica la opinión de que, contra lo que defendían las "teorías unitarias o de la unidad", no se deben considerar las disposiciones sobre estado de necesidad, o bien todas como causas de justificación, o todas como causas de exculpación, sino que, siguiendo la "teoría diferenciadora o de la diferenciación", los casos de estado de necesidad deben enjuiciarse en parte como causas de justificación y en parte como de exculpación [2]: concretamente se reconoció a los §§ 228 y 904 BGB como causas de justificación, y a los §§ 52 y 54 StGB (el actual § 35) como causas de exculpación.

Al partir de la base de que sólo se podían considerar causas de justificación 2
los §§ 228 y 904 BGB, resultaba que la regulación del estado de necesidad justificante era sumamente incompleta y llena de lagunas; pues sólo comprendía la defensa frente a peligros procedentes de cosas (§ 228 BGB) y la intromisión en cosas de terceros ajenos que sea necesaria para afrontar cualquier peligro (§ 904 BGB), pero no contenía ninguna disposición que en situaciones de necesidad hubiera permitido una ingerencia en otros bienes jurídicos distintos de las cosas. Así p.ej., si en un accidente de tráfico era necesario llevar rápidamente al accidentado al hospital para salvarle la vida y aceptar al hacerlo así la posibilidad de infringir preceptos de tráfico, faltaba una norma que, para salvar la vida, hubiera permitido perturbar la seguridad del tráfico. Y si para salvar la

---

[1] Como monografías especialmente importantes cabe mencionar: Rudolf Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, 1895; Goldschmidt, Der Notstand, ein Schuldproblem, 1913; v. Weber, Das Notstandsproblem und seine Lösungen in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925, 1925; A. Köhler, Der Notstand im künftigen Strafrecht, 1926; Broglio, Der strafrechtliche Notstand im Lichte der Strafrechtsreform, 1928; Siegert, Notstand und Putativnotstand, 1931; Henkel, Der Notstand nach gegenwärtigem und zukünftigem Recht, 1932; Maurach, Kritik der Notstandslehre, 1935.

[2] Una descripción panorámica de la teoría unitaria y de la diferenciadora, de sus partidarios y de sus concepciones en muchos aspectos discrepantes entre sí la ofrecen v. Liszt/Schmidt, StrafR, [25]1927, § 34, y Henkel, 1932, 7-25; sobre la evolución y las cuestiones fundamentales de la diferenciación ahora tb. Küper, JuS 1987, 81.

vida de una embarazada resultaba imprescindible practicarle un aborto, según el Derecho entonces vigente ciertamente se habría podido disculpar a la embarazada según el § 54 (hoy: § 35); pero para el médico no había una posibilidad de exculpación, por lo que según la letra de la ley habría tenido que ser castigado a pesar de que, según la concepción jurídica general, su conducta se consideraba no sólo como disculpable, sino incluso como adecuada.

3 De esa situación surgió el estado de necesidad justificante supralegal, que se desarrolló partiendo del principio en el que se basan todas las causas de justificación, a saber: que en caso de colisión ineludible de intereses en pugna el sujeto actúa conforme a Derecho si da preferencia al interés más valioso frente al menos valioso y con ello en definitiva hace algo socialmente provechoso (cfr. ya al respecto en conexión con el estado de necesidad supralegal, § 7, nm. 35; § 14, nm. 9, 38 ss.). Ya el carácter justificante de los §§ 228 y 904 BGB se había podido explicar desde esa teoría de la colisión, y era una idea metodológicamente correcta la de derivar del principio de ponderación de intereses, al que se podían reconducir dichas causas de justificación escritas, una justificación supralegal allí donde la ley guardaba silencio. La idea básica del estado de necesidad supralegal se mantuvo con dos formulaciones enfrentadas entre sí. Según la **teoría del fin,** que fue propugnada especialmente por von Liszt (cfr. § 14, nm. 38) y su discípulo Eb. Schmidt [3], regía el principio de "que no son antijurídicas las intromisiones en intereses jurídicamente protegidos que supongan un medio adecuado para conseguir un fin reconocido por el Estado" [4]. Y la **teoría de la ponderación de bienes** invocaba el principio [5]: "no actúa antijurídicamente quien lesiona o pone en peligro un bien jurídico de inferior valor, si sólo de ese modo se puede salvar un bien jurídico de superior valor".

4 La jurispr. acogió y en cierto modo concluyó esa evolución en la sentencia, que abrió un nuevo camino, RGSt 61, 242, de 11-3-1927. Esta sentencia, relativa al supuesto del aborto indicado médicamente, separa por primera vez claramente las causas de justificación de las de exculpación [6], se adhiere en el estado de necesidad a la teoría diferenciadora, afirma la existencia de un estado de necesidad justificante no contenido en el Derecho escrito y basa esa nueva causa de justificación en la teoría "de la ponderación de bienes y deberes" (p. 254). En ella se rechaza el principio de la teoría del fin: "Dada la amplitud de su formulación, no es posible ver claramente si su aplicación en la praxis no conduciría a consecuencias objetables" (p. 253). En cambio, se "reconoce..., para el supuesto de pugna entre bienes jurídicos, que cuando no

---

[3] Eb. Schmidt, ZStW 49 (1929), 350.
[4] Así se reproduce esa teoría en RGSt 61, 253.
[5] Así en Mezger, StrafR, ²1932, 239.
[6] Hasta qué punto era confusa la anterior jurispr. en ese punto, lo analiza detalladamente Eb. Schmidt, en ZStW 49 (1929), 356 ss. Todavía en RGSt 60, 88, se afirmaba que el § 54 v. a. (actualmente: § 35) es "una causa de justificación o de exculpación".

sea posible un equilibrio sino destruyendo o dañando uno de los dos bienes jurídicos, el bien de inferior valor ha de ceder ante el de superior valor, y por lo tanto no es antijurídica la ingerencia en el de inferior valor" (p. 254). E igualmente, "para el supuesto de pugna o conflicto entre deberes —el estado de necesidad entre deberes—", se reconoce "que ha de cumplirse el deber superior a costa del menos elevado, y que el incumplimiento de este último no es antijurídico" [7].

En RGSt 62, 35 (46 s.), se emplea por primera vez el término "estado de necesidad supralegal" para responder a la cuestión de si podía estar justificada la introducción en la zona del Ruhr de mercancías sin declararlas a efectos aduaneros, cuando de ese modo se pudo evitar el colapso económico de ese territorio ocupado. Y RGSt 62, 137, en otro caso de aborto, utiliza ya en el párrafo inicial el concepto de "estado de necesidad supralegal", y añade a los requisitos de la justificación el "deber de examen", que actualmente se rechaza con razón unánimemente en la doctrina (cfr. para más detalles ya § 14, nm. 81 ss.), pero que se ha impuesto en la jurispr. hasta nuestros días: "Si falta dicho examen, no existe la causa de justificación ni siquiera aunque posteriormente se compruebe que concurrían los restantes presupuestos" (p. 138). **5**

Sobre la base de estas sentencias fundamentales se ha estado juzgando hasta el año 1975, en que entró en vigor el nuevo § 34. Sin embargo, de entrada se vio que limitarse a una ponderación de bienes abstracta era algo demasiado rígido y no practicable sin restricciones. Ya la sent. RGSt 61, 242, contradiciendo su punto de partida, reconoció que, aunque hubiera una indicación médica, no era admisible la interrupción del embarazo contra la voluntad de la madre; pero ese punto de vista, que efectivamente es relevante, no tiene *nada que ver con el valor de los bienes jurídicos en conflicto*. Y *también los* supuestos legalmente regulados de los §§ 228 y 904 BGB podían enseñar que el legislador no ha solucionado las colisiones tratadas en ellos mediante una comparación esquemática de bienes jurídicos, sino que también ha tomado en cuenta decisivamente otros factores para la ponderación: en el § 228 BGB la circunstancia de que el peligro procede de la esfera de la víctima del estado de necesidad, y en el § 904 BGB el de que se interviene en la esfera autónoma de una persona ajena a la situación de necesidad. Realmente era la idea correcta de la teoría del fin, aunque obtenida a costa de una mayor imprecisión, la que permitía una amplia consideración de todos los puntos de vista relevantes para la ponderación. **6**

No obstante, en los primeros trabajos preparatorios de la nueva Parte general se partió de la teoría pura de la ponderación de bienes. Así se afirmaba **7**

---

[7] La sentencia invoca en ambos casos resoluciones anteriores, en las que, aunque ya sonaban los principios de la ponderación de bienes y deberes, estaban formulados con mucha menor claridad; cfr. para más detalles Eb. Schmidt, ZStW 49 (1929), 362 ss.

en el primer Proyecto del Ministerio Federal de Justicia [8]: "El que obre en estado de necesidad no cometerá injusto alguno si el bien jurídico que protege tiene un valor considerablemente superior al bien jurídico lesionado por el hecho". Pero posteriormente, en las deliberaciones se impuso la opinión [9] de que en la ponderación no basta la comparación de los bienes jurídicos, sino que hay que tomar en consideración todas las circunstancias del caso concreto. En la versión actual del § 34, que procede del P 1962, se intentó cumplir esto de dos maneras: Primero, se sustituyó la exigencia de ponderación de **bienes jurídicos** por la de ponderación de **intereses** [10], en la que el valor de los bienes jurídicos en colisión aparece sólo como un punto de vista entre otros ("ponderación de los intereses en pugna, concretamente de los bienes jurídicos afectados y del grado de los peligros que los amenazan"). Y aparte de esto, añadiendo la cláusula de la adecuación en el § 34 inc. 2.º, se combinó la teoría de la ponderación de bienes, modificada ya sustancialmente por el punto de vista de los intereses, con la teoría del fin, para de ese modo poder permitir que se introduzcan en la decisión valoraciones que vayan más allá de la ponderación de intereses. Según la fundamentación del P 1962 [11], la justificación dependerá de "dos valoraciones", "en las que se reflejan las opiniones doctrinales desarrolladas respecto del estado de necesidad supralegal: en primer lugar, en una ponderación correcta entre los intereses y bienes jurídicos en conflicto, el interés que protege el autor debe preponderar sustancialmente sobre el interés que menoscaba (teoría de la ponderación de bienes); y por otra parte, la acción de estado de necesidad debe aparecer en una valoración global ético-social como el empleo del medio correcto para un fin correcto (teoría del fin)". Así pues, en este caso la evolución histórico-dogmática conduce directamente a la comprensión de las intenciones legislativas; y la interpretación de los diversos elementos de la causa de justificación tendrá que basarse en ella, pero también habrá de poner de manifiesto las dificultades que ha creado el legislador con una acumulación de teorías no totalmente meditada (cfr. nm. 76 ss., 79 ss.).

8 El supuesto que fue el motivo principal de la elaboración del estado de necesidad supralegal, o sea la interrupción del embarazo por indicación médica, ha sido objeto en el Derecho vigente, y lo será en el futuro, de una regulación especial en la Parte especial (§§ 218 a ss.) [12]; aunque se puede justificar en virtud del § 34 sólo en las raras situaciones excepcionales en las

---

[8] NiedStrKomm. 2, 1958, apénd., 74, § c II 1.

[9] Y concretamente, ya desde la segunda lectura, cfr. NiedStrKomm. 12, 1959, 152 ss.

[10] Sobre la evolución y la necesidad del tránsito desde la ponderación de bienes a la de intereses, Lenckner, GA 1985, 295.

[11] BT-Drucks. IV/650, 159.

[12] Las líneas rectoras de la inminente nueva regulación legal han sido previamente marcadas por BVerfGE 88, 203.

que no se puedan cumplir los requisitos fijados en los §§ 218 a ss. debido a la urgente necesidad de la intervención. Además, la colisión de deberes, que RGSt 61, 242, había situado con el mismo rango junto a la colisión de bienes, se deja en la nueva ley a la resolución de la jurisprudencia, pues la fundamentación del P 1962 opinaba que "una regulación legal tropezaría con obstáculos insalvables" [13]. Aquí será tratada a continuación del estado de necesidad justificante (nm. 100 ss.). También precisa una discusión específica el derecho de resistencia del art. 20 IV GG, que ha codificado un supuesto de actuación en estado de necesidad para el Estado (nm. 114 ss.). Junto a esto existen además regulaciones antiguas para situaciones de estado de necesidad tipificables, que tienen preferencia frente al § 34, pero que aquí no se van a exponer en detalle; baste mencionar, p.ej., el § 26 BJagdG (evitación de daños provocados por piezas de caza: cfr. al respecto ya § 14, nm. 45), los §§ 700 ss. HGB (avería gruesa), o el § 106 SeemannsG (derechos del capitán en caso de emergencia).

II. El peligro del estado de necesidad

Basta con un **peligro para un bien jurídico cualquiera** ("vida, integridad, 9
libertad, honor o propiedad" se enumeran sólo como ejemplos significativos). El bien jurídico no tiene por qué pertenecer al propio sujeto que actúa ante un estado de necesidad; y —de modo correlativo a lo que sucede con el bien jurídico agredido en caso de legítima defensa (cfr. § 15, nm. 29)— tampoco es preciso que esté jurídicopenalmente protegido. Así p.ej. "el puesto de trabajo seguro" se ha considerado como "otro bien jurídico" susceptible de estado de necesidad (cfr. sólo OLG Oldenburg NJW 1978, 1869: obediencia a instrucciones antirreglamentarias del patrono para no poner en peligro el puesto de trabajo); en determinados casos, la protección del patrimonio puede justificar una infracción del § 168 [profanación de cadáveres] (OLG Frankfurt JZ 1975, 379 [14]: toma de sangre a la víctima alcoholizada y fallecida en un accidente, para evitar tener que pagar indebidamente una pensión a los herederos); y también puede producirse en determinadas circunstancias la defensa de un "procedimiento penal ajustado al Estado de Derecho" por la vía del estado de necesidad justificante (OLG Frankfurt NJW 1979, 1172: un defensor sólo puede probar la parcialidad de un juez utilizando una grabación magnetofónica no autorizada).

En principio también son susceptibles de estado de necesidad los **bienes 10
jurídicos de la comunidad** (la situación es por tanto distinta de la posibilidad

[13] BT-Drucks. IV/650, 159.

[14] Con Com. en contra de Geilen, loc. cit., 380; aprob. Roxin, JuS 1976, 508.

de legítima defensa, cfr. § 15, nm. 1, 35 ss.). De esa posición partieron ya las antiguas sentencias del RG sobre el estado de necesidad supralegal, que p.ej. reconocieron la economía de la zona del Ruhr (RGSt 62, 46 s., cfr. nm. 5) o el abastecimiento de alimentos para la población (RGSt 77, 113) como bienes jurídicos cuya preservación puede en su caso justificar una infracción de la norma. Sin embargo, en la práctica sólo en raras ocasiones se planteará un estado de necesidad justificante a favor de bienes jurídicos de la comunidad. Primero, porque en la mayoría de los casos se podrá hacer frente al peligro de otro modo, v.gr. llamando a la autoridad; no es casual que las citadas sentencias del RG se refieran a situaciones de excepción para el Estado. Y en segundo lugar porque no es lícito burlar, en los resultados prácticos, la no susceptibilidad de legítima defensa de los bienes jurídicos de la comunidad mediante la autorización de un estado de necesidad. Si p.ej. un particular no puede proceder en legítima defensa de terceros contra una conducción en estado de embriaguez (§ 316) o una exposición de escritos pornográficos (§ 184) (para más detalles al respecto § 15, nm. 36), sería absurdo permitirle ampararse en el estado de necesidad justificante. Es cierto que los bienes jurídicos afectados en tal supuesto también son susceptibles como tales de estado de necesidad, pero la ponderación ha de resolverse en su contra debido a la decisión valorativa previamente marcada por el derecho de legítima defensa. La cuestión sólo será diferente cuando la situación del caso sea tan excepcional que no le afecten los puntos de vista decisivos para la exclusión de la legítima defensa (cfr. para más detalles respecto del supuesto análogo de la concurrencia con el § 127 StPO, § 14, nm. 49). Así, en el caso, que se daba en RGSt 63, 220 (cfr. § 15, nm. 40), de que precisamente en ese momento un espía quisiera cruzar la frontera con material importante, su detención por un particular que quisiera defender la seguridad del Estado estaría justificada por el § 34, porque el poder estatal, que es a quien en otros casos le compete exclusivamente la protección de los bienes jurídicos de la comunidad, ya no habría tenido ninguna posibilidad de intervención ni de persecución penal del hecho.

11 El estado de necesidad presupone un **peligro** para un bien jurídico. El concepto de peligro es ya uno de los conceptos más polémicos y menos claros de la Parte general del Derecho penal, pero en el § 34 ha sido especialmente poco investigado. La mayoría de los autores parten, sin preocuparse más, de un concepto de peligro único para todo el ámbito del Derecho penal [15] y trasladan al § 34 sobre todo los principios desarrollados para los delitos de peligro concreto (al respecto § 11, nm. 113 ss.). Pero esto no es correcto [16]:

---

[15] De modo especialmente claro Maurach/Zipf, AT/1⁸, 27/15.

[16] También manifiesta dudas Jakobs, AT², 13/13, n. 27: "La igualdad de orientación de los conceptos de peligro en Derecho penal, que a veces se afirma, ... hasta ahora no está muy asegurada". Una determinación más concreta del concepto de peligro, conectando con las modernas doctrinas

En efecto, mientras que los delitos de peligro concreto presuponen un peligro incrementado que sólo por casualidad no se traduce en el resultado (para más detalles § 11, nm. 116), en el § 34 lo que importa es ante qué grado de peligro deben permitirse medidas salvadoras; pero para eso no es preciso que el peligro sea grande. Aunque el peligro de que un accidentado muera o sufra daños en su salud si no se le transporta de inmediato al hospital, sea de un 10 %, de todos modos tiene sentido justificar por el § 34 la utilización de un vehículo ajeno (§ 248 b) que es necesaria para el transporte. Que éste es también el punto de vista legal se desprende del tenor del § 34, en el que el "grado de los peligros que amenazan" se considera relevante, no para la existencia de un peligro, sino sólo para la ponderación de intereses. Por tanto, ante un peligro sólo escaso para un accidentado se puede justificar ciertamente una intromisión en la posesión relativamente irrelevante (§ 248 b), pero ya no será justificable la puesta en peligro de otras personas que participan en el tráfico por una conducción demasiado rápida durante el transporte. En consecuencia rige lo siguiente: un peligro en el sentido del § 34 se da ya cuando no sea totalmente improbable la producción de la lesión de un bien jurídico [17].

También es dudosa la cuestión de según qué criterio se debe resolver si 12
existe un peligro. En lo sustancial hay acuerdo en cuanto a que se debe enjuiciar *ex ante* (o sea, desde una perspectiva de **antes** del hecho) si concurre un peligro; pues es durante el hecho y no después cuando hay que verificar si una acción está justificada o no. Y también se acepta de modo general la tesis de que la concurrencia de peligro no se puede enjuiciar de modo puramente subjetivo, desde la perspectiva de quien actúa en estado de necesidad [18]; pues el tenor de la ley vincula la justificación a la concurrencia de un peligro, y no a la mera imaginación del mismo.

En cambio, no está claro cómo debe configurarse el "criterio objetivo *ex* 13
ante" que hay que aplicar. Schaffstein [19] opina: "Lo decisivo es... el juicio objetivo del observador inteligente del sector del tráfico del agente, y que disponga también de los conocimientos especiales de éste". Según esto, si un campesino, X, llega al lugar de un accidente, se daría un peligro que justificaría actuaciones en estado de necesidad si también un "campesino medio" inteligente y sensato contara seriamente con que se produciría un daño en caso de

de teoría de la ciencia, en Dimitratos, 1989. En cambio, Hirsch, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 545, se inclina a mantener un concepto general de peligro, pero también considera necesario "dedicar una atención científica más intensa" al concepto de peligro (562).

[17] Muy similar Sch/Sch/Lenckner[24], § 34, nm. 15; Jakobs, AT[2], 13/12. Cfr. tb. Schaffstein, Bruns-FS, 1978, 104 s., que requiere diferentes grados de peligro según el valor del bien jurídico puesto en peligro; igualmente Rudolphi, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 385. Crít. respecto de la posición aquí defendida Hirsch, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 554.

[18] En contra, sin embargo, desde la perspectiva de su teoría subjetivista del injusto, Zielinski, 1973, 244 ss.

[19] Schaffstein, Bruns-FS, 1978, 89 ss. (106).

no actuar; y para ello habría que incluir en la base del juicio un eventual conocimiento especial del sujeto que actuara en estado de necesidad (p.ej. el campesino X tiene informaciones exactas sobre la constitución física de la víctima, a la que conoce personalmente). Para Jakobs [20] será decisivo (incluyendo asimismo el conocimiento especial) el juicio de un especialista competente "respecto de la situación de conflicto del tipo en cuestión"; por tanto, quien debe decidir si concurre un peligro será, "respecto de los peligros del fuego, el bombero profesional, respecto de los peligros en la construcción de un edificio, el experto en estática, respecto de las enfermedades, el médico, etc.". Blei y Lenckner exigen una objetivación aún mayor del juicio de peligro. Según Blei [21], la concurrencia de un peligro debe hacerse depender de un dictamen pericial, "que abarque todos los conocimientos actuales (incluyendo un eventual saber especial del agente) y sea capaz de convertirlos en base de su juicio". Del mismo modo, Lenckner [22] atiende a "la totalidad del saber empírico humano en el momento de la acción"; pero aún objetiviza más que Blei el juicio de peligro al exigir que "efectivamente se den las circunstancias que en la base del pronóstico se han tomado como actualmente existentes (p.ej. una situación de enfermedad)".

14 La importancia de la polémica se relativiza por el hecho de que, según la concepción aquí mantenida, la misma no es decisiva para el resultado práctico; pues si alguien en su actuación de estado de necesidad supone que existe un peligro sin infringir el cuidado requerido en el tráfico, en cualquier caso actúa conforme a Derecho. Para Schaffstein, en tal caso concurre realmente un peligro. En cambio, las restantes teorías sólo admiten en su caso, desde sus respectivos criterios, un estado de necesidad putativo; pero como éste excluye el dolo y por falta de desvalor de acción tampoco hay imprudencia, a la acción en estado de necesidad putativo le faltará asimismo la antijuridicidad. La única diferencia estriba en que la afirmación de la existencia del estado de necesidad supone conceder un derecho de ingerencia, lo que no se da con el juicio de conformidad a Derecho por la mera exclusión de la imprudencia (cfr. § 14, nm. 109). Pero esa diferencia no es operativa: En efecto, la falta de un derecho de ingerencia sólo da lugar a que, si el afectado por la acción de estado de necesidad reconoce la falta de peligrosidad de la situación debido a un mejor conocimiento pericial o a un concreto conocimiento especial, pueda oponer una resistencia con consideraciones conforme al § 34. Pero eso también lo puede hacer excepcionalmente el afectado aunque se afirme que existe un derecho de ingerencia; pues ya se ha expuesto (*supra* § 14, nm. 106) que ante causas de justificación que atienden a circunstancias inciertas o futuras, a

---

[20] Jakobs, AT², 13/13.
[21] Blei, AT¹⁸, § 44 III 3.
[22] Sch/Sch/Lenckner²⁴, § 34, nm. 14; la segunda cita es del nm. 13.

pesar del derecho de ingerencia que en principio concurre, estará amparada por el § 34 la interposición de contramedidas con cierta contención en caso de que alguien tenga un conocimiento especial sobre la verdadera situación fáctica, que prive de base a la actuación justificada.

En cuanto a la polémica teórica subsistente sobre el criterio correcto para **15**
el juicio de peligro, la mejor solución es, para situaciones que requieren un experto, atender, como propone Jakobs, al juicio del mismo [23]. La orientación al "sector del tráfico" del agente, propuesta por Schaffstein, relativiza demasiado el juicio de peligro, puesto que, si concurren varios auxiliadores de diversos sectores del tráfico, podría en su caso concurrir para unos un estado de necesidad real, y para otros sólo un estado de necesidad putativo. Y la vinculación del juicio de peligro, como propugnan Lenckner y Blei, al "saber máximo" de la época (y por tanto, p.ej., a los conocimientos de un destacadísimo especialista) es impracticable, pues ese saber máximo es casi inverificable dado lo polémicos y mudables que son todos los conocimientos científicos. Y en los supuestos en que los conocimientos especializados no sirvan para enjuiciar si hay un peligro (p.ej. en el caso tratado en el § 14, nm. 89, en que no está claro si los náufragos que estaban en el mar sabían nadar), habrá que atender, como sostiene Schaffstein, al "observador inteligente y sensato"; y en los casos en que éste tomaría seriamente en cuenta la posibilidad de un daño (como en el caso del naufragio del barco), habrá que afirmar por tanto que existe peligro. Pero tampoco hay que exigir, como hace Lenckner, que efectivamente se den las circunstancias que en la base del pronóstico se han tomado como actualmente existentes (p.ej. que los náufragos no sabían nadar). Pues el pronóstico se desarrolla siempre a partir de circunstancias dadas y no tiene sentido separarlo de ellas [24]. Así el pronóstico que p.ej. se puede efectuar respecto de la víctima de un accidente depende en gran medida del estado físico del accidentado, no siempre reconocible, pero que ya se da en el momento de la actuación en estado de necesidad. Por eso, también las circunstancias actuales irreconocibles pueden fundamentar un peligro.

Es indiferente el **origen del peligro,** que puede deberse a fenómenos na- **16**
turales, accidentes o disturbios bélicos o postbélicos, o también proceder del hombre (sobre el estado de necesidad defensivo desencadenado por seres humanos cfr. nm. 62 ss.). Sin embargo, si concurre una agresión antijurídica actual, ya entra en juego la legítima defensa (§ 32), por lo que no hace falta recurrir al § 34, en el que de todos modos la ponderación tendría que seguir los criterios prefigurados en el § 32 (cfr. § 14, nm. 47-50). Y del mismo modo,

---

[23] Para más detalles sobre toda la cuestión, Dimitratos, 1989, 141 ss.; Hirsch, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 553 s.

[24] Para más detalles Schaffstein, Bruns-FS, 1978, 95 ss.

en caso de peligros procedentes de cosas es perjudicial la regulación especial adoptada en el § 228 BGB.

17 El peligro ha de ser **actual.** Ahora bien, un peligro actual no es lo mismo que una agresión actual en la legítima defensa (cfr. § 15, nm. 20 ss.), sino que en dos puntos esenciales la actualidad del peligro va más allá de lo que aún se podría calificar como actual en una agresión, que como mínimo requiere proximidad a la tentativa (§ 15, nm. 23). En primer lugar, un peligro también es ya actual cuando, aunque no sea aún inminente la producción del daño, posteriormente ya no sería posible hacerle frente o sólo sería posible corriendo riesgos mucho mayores. Así sucedía por regla general en los casos de interrupción del embarazo médicamente indicada, que antes se trataban según los principios del estado de necesidad, cuando p.ej. la intervención se producía en el tercer mes, pero el peligro para la madre sólo se habría realizado en el momento del parto. Y así se afirma en efecto en RGSt 61, 255: "Por peligro actual hay que entender una situación que conforme a la experiencia pone de manifiesto que, si continúa evolucionando de modo natural, será con seguridad inminente la producción del daño en caso de que no se intervenga para impedirlo". Hoy en día el problema es actual sobre todo en el caso de la denominada legítima defensa preventiva (cfr. al respecto nm. 72 ss. y § 15, nm. 26): aunque una agresión antijurídica aún no sea actual, sino que sólo se esté preparando para un momento posterior, no obstante ello puede constituir ya un peligro actual, contra el que en su caso cabe adoptar medidas protectoras en la medida prevista en el § 34.

18 El segundo supuesto en el que el peligro actual va más allá de la agresión actual del § 32, es el del **peligro permanente.** Este concepto fue desarrollado ya por la jurispr. antigua para el estado de necesidad disculpante (cfr. solamente RGSt 59, 69; 60, 318; BGHSt 5, 373; cfr. al respecto § 22, nm. 17), y se puede trasladar sin más del § 35 al § 34, cuyo tenor es el mismo en este punto. De acuerdo con tal concepción, un peligro permanente es una situación peligrosa que permanece durante un largo período y que en cualquier momento puede desembocar en un daño, aunque pueda quedar abierta la posibilidad de que aún pueda tardar un tiempo en producirse el daño. Así p.ej. constituyen un peligro permanente, frente al que se puede recurrir ya a medidas de estado de necesidad, un edificio en ruina o un enfermo mental peligroso. Un ejemplo de la jurispr. reciente nos lo ofrece el llamado caso del atemorizador (BGH NJW 1979, 2053): un sujeto desconocido tenía aterrorizado a un matrimonio al haber penetrado varias veces de noche en su vivienda, hasta que finalmente el marido lo sorprendió, hiriéndolo de un disparo cuando huía. En este caso, en el momento del disparo no había una agresión actual, por lo que estaba excluida la legítima defensa; pero el intruso sí que constituía un peligro permanente, puesto que cada noche había que temer que volviera a aparecer, por lo que era planteable la posible justificación del disparo por el § 34 (cfr. nm. 74).

Por último se requiere que **no se pueda hacer frente de otro modo** al peligro [25]. Este requisito es correlativo al de la **necesidad** en la legítima defensa (cfr. § 15, nm. 41 ss.), y quiere decir que el medio empleado para hacer frente al peligro ha de ser adecuado y el más benigno entre los diversos medios que pueda haber disponibles, es decir, el menos lesivo para bienes jurídicos ajenos. Sin embargo, a diferencia de la legítima defensa, aquí sí que ha de buscarse toda ayuda que se pueda conseguir para hacer frente al peligro antes de poder atacar bienes jurídicos ajenos: pues en el estado de necesidad sólo está en juego la eliminación de peligros y no el prevalecimiento del Derecho. En cuanto a la idoneidad del medio, hay que aplicarle módulos estrictos, para no perturbar inútilmente bienes jurídicos ajenos. No obstante, es cierto que un medio no es ya inidóneo por el hecho de que el mismo no pueda evitar el daño con seguridad o con una elevada probabilidad; por tanto se puede llevar al hospital a un herido grave rebasando la velocidad máxima autorizada aunque sea dudoso si aún se le podrá salvar. Pero como mínimo la infracción de la norma tiene que aumentar de modo mensurable las oportunidades de preservar el interés más valioso. Si p.ej. un médico, que por haber bebido no está en condiciones de conducir, lleva en automóvil a un paciente infringiendo el § 316, tal conducta no se podrá justificar por el § 34 si, debido a su embriaguez, el médico ya no está en condiciones de efectuar un tratamiento adecuado (OLG Koblenz MDR 1972, 885); aparte de que esa conducción no era el medio menos dañoso, ya que podía haber utilizado un taxi. **19**

No estamos ante un peligro al que se puede hacer frente de otro modo (o sea, con un medio más benigno) por el solo hecho de que se pudiera haber solicitado su consentimiento a aquél cuyos bienes jurídicos se ven afectados. Por consiguiente, si para salvar una vida humana se le extrae un órgano a un difunto infringiendo el § 168, no es preciso, dado que la ponderación de intereses es favorable al trasplante, solicitar primero el consentimiento de los parientes del difunto [26]. No obstante, LG Bonn JZ 1971, 56, resolvió en sentido contrario en el primer caso de trasplante de hígado realizado en Alemania [27]. Pero no tiene sentido hacer depender la justificación de una solicitud de consentimiento que va a dilatar el proceso y que a menudo creará complicaciones, cuando el problema no depende del consentimiento, porque si se denegara, de todos modos se puede efectuar la intervención. Y tampoco lo exige la consideración debida para con el titular del bien jurídico, puesto que, si éste está de acuerdo, le parecerá superflua una consulta *pro forma*, pero si se opone, **20**

[25] Detalladamente y diferenciando al respecto Lenckner, Lackner-FS, 1987, 95.

[26] Geilen, JZ 1971, 47; Roxin, JuS 1976, 508; Samson, NJW 1974, 2030, y la doc. dom.; respecto del caso análogo de la extracción de sangre de un cadáver para fines de investigación, tb. OLG Frankfurt JZ 1975, 379.

[27] En el mismo sentido Eser/Burkhardt, StrafR I^4, caso 12, nm. 43.

le resultará doblemente doloroso que se desprecie su voluntad expresamente declarada.

21 Tampoco falta la necesidad de la acción en estado de necesidad cuando se puede disponer de varios bienes igualmente idóneos para la intervención salvadora y el agente elige uno de ellos. Por consiguiente, si el sujeto tiene que penetrar en una morada ajena infringiendo el § 123 para avisar por teléfono a un médico para que acuda al lugar del accidente, no estamos ante un peligro eliminable de otro modo por el simple hecho de que el agente hubiera podido entrar por la fuerza en la casa B en vez de en la casa A. Y si para hacer frente a un peligro hay que hacerse con dinero ajeno, el sujeto que obra en estado de necesidad puede seleccionar una de entre las diversas posibilidades de apoderarse de dinero; y la justificación no se excluye porque p.ej. fuera necesaria una "relación de colisión específica", que faltaría cuando se pueda echar mano a una fuente de dinero cualquiera [28]. Por el contrario, es necesaria toda acción en estado de necesidad que no pueda ser sustituida por una menos dañosa. El peligro sólo es eliminable de otro modo si —en los ejemplos citados— un tercero pone voluntariamente su casa o su dinero a disposición del agente, o si el sujeto que obra en estado de necesidad puede eliminar el peligro renunciando a sus propios bienes jurídicos o a bienes jurídicos del beneficiado. Sin embargo, sólo es preciso recurrir a los bienes jurídicos de quienes están "más próximos" cuando ello tenga lugar dentro de los límites de una ponderación razonable [29]. Por tanto, la persona que con sus propias fuerzas físicas sólo podría eliminar el estado de necesidad aceptando el riesgo de sufrir lesiones corporales, puede recurrir a los bienes patrimoniales de terceros si de ese modo es posible hacer frente al peligro sin menoscabo de la salud propia.

III. La ponderación de los intereses en conflicto

1. Los puntos de vista para la ponderación

22 Tras haberse sustituido a lo largo de las deliberaciones legislativas la ponderación abstracta de bienes por la fórmula de la ponderación de intereses, hay que incluir todas las circunstancias del caso concreto en la decisión sobre la licitud o antijuridicidad de una actuación en estado de necesidad [30]. La

---

[28] Así, sin embargo, Bockelmann, JZ 1959, 489; siguiéndole Jescheck, AT[3], 1978, § 33 IV 3 b (en contra ahora en AT[4], § 33 IV 3 b); Eser/Burkhardt, StrafR I[4], caso 12, nm. 25. En contra convincentemente Küper, JZ 1976, 516, y, adhiriéndose a él, Grebing, GA 1979, 86 ss.; Sch/Sch/Lenckner[24], § 34, nm. 21; op. dom.

[29] Cfr. tb. Jakobs, AT[2], 13/18.

[30] Parcialmente discr., sobre todo por excluir los aspectos preventivogenerales y éticos, Delonge, 1988. Según la teoría de la ponderación de Meißner, 1990, 256 s., son "irrelevantes" los "momentos del estado de necesidad defensivo, la provocación de la situación de necesidad/causación del peligro y la vigencia del ordenamiento jurídico en su conjunto".

cuestión de si y hasta qué punto es precisa además la cláusula de la adecuación del § 34, inc. 2.°, se discutirá en detalle en nm. 79 ss.; pero lo que está claro es que todos los factores decisivos para la ponderación de intereses han de examinarse ya en el § 34, inc. 1.° Esa circunstancia hace imposible ofrecer una fórmula unitaria para la justificación por estado de necesidad, como la que había podido proporcionar la teoría de la ponderación de bienes. Sólo es posible indicar una serie de directrices para la ponderación, y ninguna de ellas tiene valor absoluto, sino que cada una es relativizada y complementada por las otras. Por eso en cada caso hay que acudir a todas las directrices que se acomoden al supuesto concreto y ponderarlas en cuanto a su importancia para uno u otro interés. Como resultado de tal procedimiento "tópico", que discute en todos los aspectos la totalidad de los puntos de vista, por regla general se podrá efectuar un pronunciamiento objetivable y susceptible de consenso sobre la preferencia que merezca uno u otro interés. Es cierto que así seguirá quedando en casos límite un componente de decisión personal, que quizás hubiera sido distinta para otro juzgador; pero ésa no es una peculiaridad de la ponderación en el estado de necesidad, sino que se produce en todos los supuestos en que el Derecho requiere decisiones valorativas.

a) La comparación de los marcos penales

En la sentencia RGSt 61, 242, que contribuyó a que se abriera paso el **23** estado de necesidad supralegal, se establece el siguiente principio: "En la ponderación de bienes hay que partir de las valoraciones que han encontrado su expresión general en las conminaciones penales del Derecho vigente, establecidas para proteger los bienes jurídicos" (p. 255). Bien es verdad que actualmente la ponderación de los bienes jurídicos sólo es un elemento —aunque importante y destacado expresamente en el § 34— dentro de una ponderación de intereses más amplia, pero dentro de ese marco la comparación de las penas previstas sigue siendo aún hoy un importante punto de apoyo. En efecto, la comparación de los marcos penales de los §§ 211 y 212 por una parte, y del § 218 por otra, permite conocer que el legislador valora más el derecho a la vida del ya nacido que el del aún no nacido. O si para salvar una vida es preciso extraer un órgano de un difunto contra la voluntad de sus deudos, una simple ojeada a las penas previstas en los §§ 212 y 168 pone de relieve que la necesidad de preservar la vida humana tiene preferencia sobre el interés en la integridad del cadáver. Y las penas previstas en los §§ 123 y 177 permiten concluir que actúa justificado por estado de necesidad quien vulnera el derecho de un tercero sobre su morada para impedir una violación. Y los ejemplos se podrían aumentar fácilmente.

Pero no se puede sobrevalorar este punto de vista. Hay muchos bienes **24** jurídicos susceptibles de estado de necesidad, como el derecho general de la personalidad o el patrimonio, que no están protegidos penalmente con carácter

general, sino sólo frente a determinadas formas de agresión; y en tales casos la pena prevista en el ámbito de la protección penal no permite extraer una conclusión segura sobre el valor del bien jurídico, puesto que la misma está esencialmente co-determinada por las modalidades de ataque. Pero en los casos en que no hay una conminación penal, a menudo ello no se debe al escaso valor del bien jurídico, sino a la subsidiariedad del Derecho penal, o sea a que el legislador cree poderlo proteger suficientemente de otro modo. Por consiguiente, si el presidente de una corporación profesional, para evitar tener que pagar indebidamente una pensión a los herederos y sufrir con ello un perjuicio patrimonial de varios cientos de miles de marcos, hace extraer una toma de sangre al cadáver de un miembro que había fallecido, infringiendo así el § 168, no se puede excluir la justificación de ese modo de proceder por el hecho de que en ese caso concreto el patrimonio carece de protección penal, mientras que el sentimiento de piedad de los allegados está protegido por un precepto penal (OLG Frankfurt NJW 1975, 271; 1977, 859). Y además, otra razón por la que la comparación de los marcos penales sólo tiene una importancia limitada es que las penas típicas en el campo de la criminalidad media difieren sólo en pequeña medida y por tanto tampoco permiten reconocer tendencias claras en cuanto a prioridad.

b) La diferencia de valor de los bienes jurídicos

25 Por eso, en la medida en que se trate del sector parcial de la ponderación de bienes jurídicos, la comparación de los marcos penales deberá complementarse con las reglas generales sobre la proporción valorativa de los bienes jurídicos, que se pueden formular en tres proposiciones: los preceptos sobre el orden general ceden ante la protección frente a daños concretos; los valores de la personalidad tienen preferencia frente a los bienes patrimoniales; y la protección de la vida y la integridad fundamenta un interés superior incluso frente a la preservación de otros valores de la personalidad o de bienes jurídicos supraindividuales.

26 En consecuencia, se podrá justificar p.ej. una infracción de la ley sobre horario de cierre de comercios si mediante la venta fuera del horario de apertura se puede evitar un daño patrimonial considerable (regla 1). Por otra parte, aunque sean idénticos los marcos penales de los §§ 223 y 304, normalmente estará permitido causar daños a una cosa de propiedad pública si ése es el único medio para evitar un daño en la salud (regla 2). Y si un paciente enfermo mental o epiléptico pone en serio peligro la vida de otras personas al no abstenerse de participar en el tráfico automovilístico, el quebrantamiento del deber de secreto médico (§ 203 I, n.º 1) poniendo el hecho en conocimiento de la autoridad, si es la única vía para eliminar el peligro, estará justificado por el § 34 (BGH NJW 1968, 2288; OLG München MDR 1956, 565; regla 3). Asimismo, la advertencia de la posibilidad de contagio de sífilis, que resulta

necesaria para evitar graves daños en la salud, puede justificar el quebrantamiento del deber de secreto médico (RGSt 38, 62). Lo propio sucede en caso de que un sujeto infectado por el VIH ponga en peligro a otros (ya sea "por el uso común de agujas en los círculos de drogadictos, o como pareja sexual o como donante de líquidos corporales" [31]); si el infectado se niega a dar información a la persona que pone en peligro, el médico que quebrante su deber de secreto estará amparado por el § 34. También estarán amparadas unas coacciones (§ 240) por estado de necesidad justificante, si se le quita la llave de contacto a un automovilista ebrio para evitar que ponga en peligro a otros participantes en el tráfico (OLG Koblenz NJW 1963, 1991). Y asimismo puede estar justificada por el § 34 la ineludible utilización de un pasaporte falso en su huida por parte de un solicitante de asilo perseguido (AG München StrV 1988, 306).

No obstante, estas reglas no rigen sin excepciones. Sobre todo, pueden 27
permitirse leves ingerencias en derechos de la personalidad (p.ej. coacciones o lesiones leves) para salvar valores patrimoniales importantes (v.gr. en un incendio). También se ha hecho ya alusión a un supuesto en que el § 168 cede ante la protección del patrimonio (nm. 24). E incluso la salvación de una vida humana no fundamenta en todo caso y sin excepción un interés superior; así p.ej., si unos terroristas exigen para no hacer daño a un rehén el menoscabo masivo de numerosos e importantes intereses del Estado, la vida del rehén no tiene prioridad en cualquier circunstancia [32].

c) La intensidad de la lesión del bien jurídico

Las excepciones en las que la concreta ponderación de intereses da lugar 28
a un resultado que contradice la proporción valorativa abstracta de los bienes jurídicos (nm. 27), remiten al principio según el cual, junto al valor del bien jurídico, también desempeña un papel sustancial en la ponderación el grado del daño que amenaza a los bienes jurídicos en la situación de conflicto real. Así p.ej., aunque la libertad humana es en sí misma un bien jurídico más valioso que la propiedad, sin embargo, para evitar un daño patrimonial muy elevado puede estar justificada por el § 34 una breve privación de libertad durante pocos minutos y sin consecuencias, es decir, una lesión bastante insignificante del bien jurídico protegido en el § 239. Y si los bienes jurídicos no presentan significativas diferencias valorativas *in abstracto*, en la mayoría de los casos será incluso decisiva para la ponderación la intensidad de los daños que amenacen a ambas partes. Así p.ej., si una persona implicada en un accidente infringe su deber de espera hasta la llegada de la autoridad (§ 142) porque de lo contrario, debido a la pérdida de tiempo, sufriría con

[31] Laufs/Laufs, NJW 1987, 2265.
[32] Cfr. al respecto Krey, ZRP 1975, 98 s.

seguridad pérdidas en sus negocios, en tal caso se enfrentan el interés, protegido por el § 142, de la persona dañada en el accidente en el aseguramiento de sus acciones de indemnización de perjuicios y el interés del implicado en el accidente en conservar y aumentar su patrimonio; ambos son bienes jurídicos aproximadamente equivalentes, por lo que habrá que hacer depender la ponderación de las magnitudes concretas de los daños. Por eso el OLG Stuttgart (MDR 1956, 245) ha decidido con razón que los "asuntos comerciales... urgentes" del implicado en un accidente no son suficientes para justificar que se marche del lugar del accidente, "a no ser que los mismos, en comparación con el interés del otro en que se comprueben los datos... sean mucho más importantes e inaplazables". Y naturalmente, con mayor razón aún es importante la medida de la lesión del bien jurídico cuando por ambas partes esté amenazado el mismo bien jurídico. También el BGH ha reconocido la posibilidad de un estado de necesidad justificante "si se enfrentan pérdidas económicas del mismo género, pero de un orden de magnitudes muy distinto (aquí la puesta en peligro de medios pecuniarios para ambas partes)" (BGHSt 12, 299) [33].

d) No cabe la ponderación de vida frente a vida

29 Sin embargo, cuando esté en juego el bien jurídico de la vida humana, son inadmisibles las cuantificaciones. Ante el Derecho toda vida humana, como se desprende ya de los arts. 1, 2 y 3 GG, tiene el mismo rango; y no existe un diferente "valor de la vida". Así pues, no se podría justificar por el § 34 la conducta de un médico que le quitara a un paciente con un 30 % de posibilidades de sobrevivir el único aparato de respiración artificial existente en la clínica y con ello lo dejara morir, para poder salvar de ese modo a un paciente ingresado posteriormente con un 70 % de posibilidades de sobrevivir. Igualmente sería antijurídico que un médico matara a un paciente al que sólo le quedaba poco tiempo de vida, para poder extraer de su cadáver un órgano que posiblemente aseguraría una larga vida a otro paciente que de lo contrario estaba condenado a morir. Y en general en los demás casos también son inadmisibles todas las posibles graduaciones entre vida valiosa y menos valiosa: por tanto, no se puede sacrificar al débil mental para salvar al premio Nobel, ni al anciano achacoso para mantener la vida del joven vigoroso, ni al criminal antisocial para conservar una vida valiosa. Sólo conduciría a la inhumanidad si se quisiera reconocer, aunque sólo fuera en los casos extremos de estado de necesidad para la vida, la categoría de la "vida sin valor vital" propagada por los nacionalsocialistas; éste es un principio que actualmente resulta indiscutido.

---

[33] No obstante, la sentencia es incorrecta en su resultado por olvidar otros puntos de vista, cfr. nm. 48. La ponderabilidad de intereses patrimoniales del mismo género es confirmada por BGH, NJW 1976, 681 s.

30 También es inadmisible la ponderación según el número de las vidas humanas en conflicto [34]. Así se plantea en el caso, construido por Welzel [35], del guardagujas que ve cómo un vagón de mercancías sin maquinista se dirige descontrolado hacia un tren repleto de pasajeros y, para evitar la muerte de muchas personas, desvía en el último momento el tren a una vía secundaria, en la que sin embargo arrolla y mata a varios trabajadores. Pues bien, el Derecho tampoco puede aceptar que se sacrifique a unos pocos inocentes para salvar a muchas personas. Si una banda de gángsters o un régimen de terror exigen un asesinato amenazando con matar en caso contrario a cien inocentes, sigue siendo antijurídico matar a una sola persona.

31 Pero en cambio es sumamente discutido si el principio de la no ponderabilidad de la vida humana también se puede mantener en los supuestos de la denominada comunidad de peligro. La constelación básica, que se manifiesta en diversas variantes, consiste en que, de varias personas que están todas en peligro, se mata a una o se sacrifica a algunas para impedir que de lo contrario perezcan todas. Los cinco ejemplos más discutidos, de los que los tres primeros constituyen casos de cátedra, son los siguientes. En el "caso de los montañeros" [36] la situación consiste en que "uno de los montañeros unidos por una cuerda cae al vacío, y el otro, que no es capaz de sostenerlo, corta la cuerda, para no precipitarse junto con aquél". En el "caso del globo" [37], A y B se encuentran en la barquilla de un globo aerostático que sólo puede soportar el peso de uno de ellos y amenaza por eso con desplomarse, y A se salva arrojando a B por la borda. En el "caso del piloto del ferry" [38], muy similar al anterior, se produce una vía de agua en un ferry que transporta a un grupo de niños por un río navegable y, debido a la sobrecarga, amenaza con hundirse arrastrando consigo a todos los niños a una muerte segura; entonces el piloto arroja al agua a algunos niños causándoles la muerte y salva de ese modo a los restantes. Histórico es el "caso Mignonette" [39]: los tripulantes del velero británico "Mignonette", que había naufragado en una tormenta, llevaban veinte días en alta mar en un bote de salvamento sin alimentos y corrían peligro de morir de hambre; entonces el capitán mató al grumete, que posiblemente estaba ya moribundo, y la tripulación se alimentó con su carne y su sangre, consiguiendo mantenerse así con vida hasta que posteriormente fueron encontrados y salvados por un barco [40]. Y el más actual es el "caso de la eutanasia" [41]:

[34] Así tb. BGHSt 35, 347 (350). En contra Delonge, 1988, 118 ss.
[35] Welzel, ZStW 63 (1951), 51.
[36] Merkel, 1895, 48.
[37] Neubecker, t. 1, 1910, 62.
[38] Klefisch, MDR 1950, 261.
[39] Pröchel, 1975, 61 ss.
[40] Según investigaciones recientes, se han producido con cierta frecuencia casos similares en la historia de la navegación marítima.
[41] BGH NJW 1953, 513; similares: OGHSt 1, 321; 2, 117; Schwurgericht Köln NJW 1952, 358.

en la época de Hitler hubo médicos que cooperaron a que se matara a algunos enfermos mentales de sus clínicas porque, de haberse negado, hubieran sido sustituidos por cómplices del régimen, que habrían matado a todos los internos.

32 No son pocos los autores [42] que consideran posible una justificación —aunque en parte con restricciones— en tales casos. La mayoría fundamenta esa posición con la idea de que no puede estar prohibido disminuir un mal que, si no, será inevitable y aún mayor: "Un Derecho razonable no puede prohibir que al menos se salve una vida humana cuando sea imposible salvar ambas vidas" [43]. Otto [44] ha desarrollado el principio de la "arrogación de oportunidades": según el mismo, nunca se puede justificar por el § 34 que alguien se arrogue las oportunidades de vida de otro (o sea, que las destruya), pero en cambio parece requerida la justificación cuando el que actúa en estado de necesidad no usurpa ninguna oportunidad de salvación, porque la persona a quien mata de todos modos no tiene la menor perspectiva de poder sobrevivir [45]; y esto justifica también en determinadas circunstancias que se mate a personas en los casos de comunidad de peligro. A soluciones análogas llega Mangakis [46], considerando que "la irracionalidad de la existencia" en tales situaciones hace que cualquier forma de conducta resulte "simultáneamente tanto correcta como equivocada"; y que por eso el Derecho tiene que "dejar la decisión a la conciencia del particular, lo que significa que reconoce como correcta y por tanto conforme a Derecho la decisión tomada en conciencia por aquél *in concreto*". Eb. Schmidt [47] diferencia y sólo admite la justificación cuando la víctima, como en el caso de los montañeros, ya está "marcada" por el destino como condenada a morir, pero no cuando el autor, como ocurre en los casos de la eutanasia, tiene primero que seleccionar a la víctima desde un círculo más amplio de personas en peligro.

33 Frente a esto, la doctrina absolutamente dominante [48] se mantiene firme en el principio de que tampoco la comunidad de peligro justifica una ponderación de vidas. Esta posición debe compartirse, y en consecuencia los sujetos han actuado antijurídicamente en todos los casos descritos en nm. 31. Es frecuente fundamentar esta postura aduciendo que frente a un pensamiento

---

[42] Cfr. p.ej. Binding, Handbuch StrR, t. I, 1885, 765; Brauneck, GA 1959, 271; Broglio, 1928, 21 ss.; Henkel, 1932, 92 ss.; Kern, ZStW 64 (1952), 290; Klefisch, MDR 1950, 261; Maurach, 1935, 95; Oetker, 1908, 354 s.; idem, Frank-FS, t. I, 1930, 373; Otto, [3]1978, 109; Rödig, 1969, 71 s.; Siegert, 1931, 35; v. Weber, 1925, 30 s.; Zimmermann, MDR 1954, 147 ss.

[43] v. Weber, 1925, 30.

[44] En su monografía "Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil", [3]1978.

[45] Sobre la base de esta concepción, Otto resuelve de modo diferente los casos citados como ejemplos (nm. 31), aunque ciertamente sin conseguir que resulten totalmente plausibles las diferencias en cuanto a las "oportunidades de vida"; al respecto Küper, 1979, 46 s.

[46] Mangakis, ZStW 84 (1972), 475.

[47] Eb. Schmidt, SJZ 1949, 565.

[48] Es innecesario hacer citas concretas.

teleológico, que en tales situaciones le reconoce un interés superior al sujeto que obra en estado de necesidad, se pone en juego un pensamiento valorativo y con fundamento ético, que prohíbe someter la vida humana a un cálculo ponderador: "... cuando hay vidas humanas que entran en un peligro en común con otras vidas humanas, pugna con el sentimiento moral utilizarlas como meras partidas contables en una cuenta global" [49]. "Un pensamiento jurídico..., para el que los valores jurídicos no sean meros valores utilitarios, sino que sea consciente de la fundamentación del Derecho en las convicciones morales básicas... de nuestro círculo cultural, no puede conformarse con un modo semejante (scil. determinado por ponderaciones racionales de fines) de considerar las cosas" [50]. Y también el BGH (NJW 1953, 514) opina que es contrario a la "concepción cultural marcada por la doctrina moral cristiana..., aplicar el principio del mal menor, que es adecuado para la preservación de valores patrimoniales, y ponderar según el resultado social global el desvalor jurídico del hecho, cuando lo que están en juego son vidas humanas". Pero la verdad es que esto no es totalmente justo para con la opinión contraria [51]: pues cuando ésta quiere mantener la vida humana dentro de los límites de lo posible, no está invocando la pura utilidad, sino el valor ético de la preservación de la vida.

No obstante, es legítimo rechazar la justificación, y lo es por una razón de **34**
principio y por otra pragmática [52]. La consideración de principio consiste en que matar a una persona, aunque esté perdida de todos modos, sigue siendo un acortamiento arbitrario de su vida; y admitir esto, sería abandonar el principio de que incluso la vida del condenado a morir está bajo la protección del ordenamiento jurídico. En tal caso ya no sería explicable de modo plausible por qué no iba a ser lícito incluso fuera de los supuestos de comunidad de peligro matar p.ej. a un moribundo para poder mantener con vida a otras personas trasplantándoles los órganos de aquél. Aquí hay que defender los principios. Y por eso tampoco tiene sentido distinguir según la duración aún esperable de la vida destruida; el hecho de que la víctima aún hubiera podido vivir diez minutos, diez horas o diez días (prescindiendo ya de los problemas frecuentemente irresolubles de su comprobación empírica) no puede constituir una diferencia.

Y la razón pragmática consiste en que la idea de una situación matemáti- **35**
camente segura de estar condenado a la muerte es sólo una construcción intelectual; en la realidad nunca se puede saber con seguridad lo que ocurrirá. Cotidianamente se da el supuesto, que constituye ya una frase hecha, de que

---

[49] Welzel, MDR 1949, 375.
[50] Gallas, Mezger-FS, 1954, 327 (= Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 71).
[51] Cfr. Küper, 1979, 54 ss.; idem, JuS 1981, 791 s.
[52] Marcando esa dirección Küper, 1979, 57 ss.

una persona que aparentemente estaba irremisiblemente perdida se ha salvado "milagrosamente". Piénsese en los casos de "eutanasia": es sólo una suposición especulativa la de que realmente se habría matado a todos los internos del establecimiento si todos los médicos se hubieran negado consecuentemente a cooperar en el programa homicida; pues es perfectamente posible que en tal caso se hubiera interrumpido su ejecución. E igualmente, la persona que se encuentre en peligro siempre propenderá a efectuar pronósticos que después serán difícilmente refutables y que le permitirían asegurar su vida a costa de otro que se encuentra igualmente a merced del destino. Pues bien, el Derecho penal no debería alentar esas tendencias a imponer el derecho del más fuerte.

36 Con ello se rechaza también la teoría que remite las colisiones entre vidas en casos de comunidad de peligro al espacio situado fuera del Derecho (cfr. para más detalles § 14, nm. 25 ss.); pues, al levantar la prohibición de matar, la misma está expuesta a las mismas objeciones formuladas contra la justificación de esos supuestos. Ahora bien, lo que aún no se ha decidido es si en estos casos de homicidios ante colisiones insolubles entre vidas se podrá plantear una exculpación legal o supralegal; cuestión que habrá que tratar en el lugar correspondiente (§ 22, nm. 138 ss.).

37 El rechazo de las acciones que acorten intencionadamente una vida tampoco supone afirmar que la vida humana esté sin más sustraída a toda ponderación en el marco del § 34. Pues, cuando se trate de la salvación de bienes jurídicos sumamente valiosos (sobre todo la vida), ciertas puestas en peligro pueden ser aceptables, tanto desde el punto de vista del grado de los peligros que amenazan (nm. 38 ss.), como también desde la perspectiva de la existencia de deberes especiales de arrostrar el peligro (nm. 55 s.) o de la actuación de parte del injusto (nm. 57 ss.). Y en un caso puede estar incluso justificado por el § 34 el hecho de matar dolosamente a una persona: en el estado de necesidad defensivo (nm. 62 ss.). Pero en todos esos supuestos no se trata de una diferente valoración de la vida humana en sí misma (según su duración o su valor), sino de factores adicionales, que inclinan la balanza del lado de la justificación.

e) El grado de los peligros que amenazan

38 Este punto de vista lo destaca el propio texto legal. En efecto, resulta convincente que, junto a la medida del daño que amenaza a una y otra parte, también haya que tener en cuenta en la ponderación la cuestión del grado de probabilidad de su producción. Quien, para evitar un daño que se producirá seguro si no actúa, lleva a cabo una acción salvadora que sólo en escasa medida pone en peligro a otro bien jurídico, por regla general tendrá de su parte el interés sustancialmente preponderante. Pero ello ocurrirá sobre todo cuando, para hacer frente a un peligro concreto que implique una cierta pe-

rentoriedad, se acepte crear solamente peligros abstractos. Y también el legislador ha pensado especialmente en esa constelación: así destaca la fundamentación del P 1962 [53] que por regla general "el interés en impedir una lesión inminente a una persona concreta justificará que se infrinja un precepto dictado para evitar peligros abstractos, incluso aunque el mismo... esté al servicio de valores más elevados que la protección de una persona en particular". En la práctica la cuestión tiene gran importancia en las infracciones en el tráfico viario, que hoy son en su mayoría contravenciones; y como el § 16 OWiG coincide totalmente con el § 34, en la exposición que se hace a continuación se incluye la justificación conforme al § 16 OWiG.

Ya se ha producido varias veces el caso de que un automovilista se ha dado **39**
cuenta de que hay un ladrillo entre las ruedas dobles de un camión que le precede, y entonces adelanta al camión rebasando el límite de velocidad máxima permitida para avisar a su conductor. Esa conducta está justificada por estado de necesidad (OLG Düsseldorf VRS 30 [1966], 39; NJW 1970, 674), pues el peligro de que durante la marcha del camión pudiera salir lanzada la piedra y causar graves daños, era mucho mayor que el riesgo de un breve exceso de velocidad. Igualmente puede estar permitido conducir a velocidad excesiva si ello es necesario para llevar a un paciente gravemente enfermo al hospital más adecuado para su tratamiento (OLG Schleswig VRS 30 [1966], 463); si un retraso supone la amenaza de un serio daño para el enfermo (¡y sólo entonces!), retrocede el peligro abstracto que implica la velocidad no permitida. La ponderación conduce a un resultado inverso si alguien, para socorrer a un accidentado, pone en peligro concreto a otras personas; en el caso de OLG Karlsruhe VRS 46 (1974), 275, un hombre, para salvar a su amiga, cuya vida estaba en peligro por haber intentado suicidarse, había atravesado "a gran velocidad varios cruces con el semáforo en rojo", de tal manera "que parecía casi inevitable el daño de otros participantes en el tráfico". Esa conducta tampoco habría sido justificable aunque no se hubiera producido un accidente mortal, como el que en concreto se produjo. En cambio, está justificado salirse de la autopista marcha atrás —lo que en sí está prohibido— con un vehículo averiado, si ésa era la única manera de evitar peligros inmediatos "para la vida, integridad y propiedad" que hubieran surgido de continuar la marcha con el vehículo, que posiblemente había sufrido graves daños (OLG Köln VRS 59 [1980], 53).

Presentan problemas especiales los casos de conducción para salvar a al- **40**
guien infringiendo el § 316. Dado que la conducción en estado de embriaguez es un delito de peligro abstracto, no está excluida de antemano la justificación si alguien, pese a no estar en condiciones de conducir, transporta a heridos al hospital o conduce hasta el lugar de un accidente con finalidad salvadora

---

[53] BT-Drucks. IV/650, 159.

(OLG Hamm VRS 20 [1961], 232). Pero el primer requisito para ello será que el conductor que ha tomado alcohol pese a todo aún esté en condiciones de controlar su modo de conducir de tal forma que sean improbables puestas en peligro concreto. Y en segundo lugar hay que tener en cuenta que una conducción en estado etílico sólo será necesaria en raras ocasiones para contrarrestar el peligro: en la mayoría de los casos será posible y suficiente avisar por teléfono al médico o a la policía; y frecuentemente también se podrá utilizar un taxi en vez del vehículo propio. En esos casos queda excluida la justificación de la conducción bajo influencia de bebidas, que en consecuencia sólo se podrá justificar por el § 34 en raras ocasiones (OLG Hamm VRS 36 [1969], 27; OLG Koblenz MDR 1972, 885; NStE, n.º 1 al § 34; NJW 1988, 2316, con un artículo de Mitsch, JuS 1989, 964).

f) El principio de autonomía

41 Otro punto de vista importante para la ponderación en todas las ingerencias en bienes jurídicos individuales consiste en que el estado de necesidad agresivo, que se dirige contra personas no implicadas, lesiona el derecho de autodeterminación (la autonomía) del titular del bien jurídico; y ese factor ha de apuntarse a favor del bien objeto de ingerencia y en contra del bien objeto de conservación [54]. La idea ha encontrado su plasmación jurídico-positiva en el § 904 BGB, que como caso especial de estado de necesidad agresivo regula la ingerencia en la propiedad ajena. En una pura ponderación de bienes resultaría que ya debería producirse la justificación cuando el bien que se quiere conservar es más valioso que el dañado. Pero si el legislador, en vez de eso, exige que el daño que amenaza sea "desproporcionadamente mayor" que el daño causado, ello se debe al principio de autonomía: dado que el sujeto no implicado, en cuya esfera se interviene, no sólo sufre pérdidas materiales, sino que también ve menoscabada su libertad de decisión autónoma, la pretensión frente al mismo sólo se puede justificar si el bien objeto de conservación es extraordinariamente más valioso que el bien objeto de ingerencia.

42 Todo esto vale también para el estado de necesidad justificante del § 34 [55]. Sin embargo, el que los bienes jurídicos en colisión sean del mismo género aún no excluye la justificación. Así BGHSt 12, 299, ha considerado suficiente para la justificación que la proporción valorativa entre el bien objeto de conservación y el de ingerencia fuera de 80.000 a 5.000 marcos; pero la diferencia tampoco habría podido ser mucho menor. También es lícito causar unas le-

[54] Las denominaciones "bien objeto de ingerencia" [*"Eingriffsgut"*, literalmente: bien de la ingerencia (o intromisión, intervención, interferencia o ataque)] para el objeto en cuestión por el lado de la víctima, y "bien objeto de conservación" [*"Erhaltungsgut"*, literalmente: bien de la conservación] para el bien jurídico amenazado por el peligro, han sido acuñadas por Küper, JZ 1976, 516.

[55] La significación general del principio de autonomía respecto de la justificación ha sido especialmente destacada por Stratenwerth, ZStW 68 (1956), 41 ss.

siones pequeñas para evitar unas muy graves; pero no está permitida la causación de unas lesiones medianas para evitar unas graves. Por otra parte, tampoco es admisible invocar el § 34 para llevar a cabo operaciones necesarias para salvar la vida pese a la denegación de su consentimiento por parte del paciente responsable [56]. Y la finalidad de salvar la vida tampoco permite causarle lesiones considerables a un sujeto no implicado. Así, en caso de que sólo se pueda conservar una vida humana si otro sacrifica un riñón, un trasplante sería admisible con el consentimiento del donante vivo, pero nunca contra su voluntad. Pues aunque la pérdida de la vida pese más que la de un riñón, sin embargo la extracción de un riñón mediante una operación sería una ingerencia tan grave en el derecho de la personalidad y en la integridad corporal del afectado que el interés en la conservación de la vida ya no es preponderante sobre el que se pretende salvar.

La op. dom. es aún más estricta. En el tan discutido ejemplo, propuesto **43**
por primera vez por Gallas [57], de que en una situación de peligro concreto un sujeto se niega a donar la sangre con la que salvaría la vida a otro, a pesar de ser la única persona con el grupo sanguíneo requerido, nadie quiere admitir que el médico practique una extracción de sangre forzosa, pese a que tal intervención no es peligrosa ni especialmente gravosa. Según esto, será preciso dejar morir al paciente si no se encuentra a ningún donante voluntario. Con esto se le atribuye a la autonomía de la personalidad un valor tan alto que se considera que incluso una intervención forzosa insignificante choca con la dignidad de la persona y excluye la preponderancia del interés en la conservación de la vida. La fundamentación del P 1962 también hace suyo ese punto de vista al opinar [58] que "sería contrario a la dignidad humana... obligar a otro, pasando por encima de sus derechos de libertad y de su decisión moral responsable, a dejar utilizar su cuerpo como mero medio para conseguir un fin, aunque éste sea deseable".

Pero esta posición no se puede compartir [59], pues no es cierto que incluso **44**
pequeñas intervenciones corporales coactivas para proteger otros bienes jurídicos vulneren en todo caso la dignidad humana. Así lo prueban las leyes sobre vacunación: según los §§ 81 a I 2 y 81 c StPO, y 372 a ZPO, son lícitas las extracciones forzosas de sangre ¡incluso para el esclarecimiento de delitos relativamente insignificantes o para la comprobación de la paternidad!; y el

---

[56] Para más detalles Zilkens, 1985.

[57] Gallas, NiedStrKomm. 2, 1958, 151; idem, NiedStrKomm. 12, 1959, 164; idem, Mezger-FS, 1954, 325 s. (= Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 70).

[58] BT-Drucks. IV/650, 160.

[59] Así ya Roxin, ^{2}1973, 27 s. También expresa sus dudas sobre la op. absolutamente dom. Jakobs, AT^2, 13/25, n. 56. Algunos autores al menos reconocen un deber de donar sangre en el marco de estrechas relaciones garante-persona en peligro: Baumann/Weber, AT^9, § 22 II 1 b; LK^{10}-Hirsch, § 34, nm. 68; Hruschka, StrafR^2, 147; Wessels, AT^{23}, § 8 IV 4. Igual que aquí Delonge, 1988, 150 ss. Coincide también en el resultado, aunque vacilando, Joerden, GA 1991, 426.

BVerfG ha confirmado la constitucionalidad de esos preceptos (BVerfGE 5, 13; 16, 194; 17, 108). Si esto es así, no puede ser ilícita una intervención similar cuando sirva para salvar una vida humana. Wessels [60] reconoce que la intervención forzosa como tal aún no puede fundamentar una vulneración de la dignidad humana, pero opina que la intervención para obtener una muestra de sangre sólo tiene el significado "de un medio auxiliar médico-técnico", mientras que en la donación de sangre constituye "valorativamente un acto de estar dispuesto a auxiliar al prójimo", cuya prestación ha de "dejarse a la propia decisión moral del individuo". Pero esto tampoco es convincente: pues si la prestación moral ya no se puede obtener coactivamente, ¿por qué la extracción de sangre no iba a poder servir al menos como "medio auxiliar médico-técnico" para salvar una vida? Y además, el § 323 c pone de manifiesto que se puede perfectamente obligar a prestar socorro. Tiene razón Jakobs [61] cuando opina que "la pérdida que sufre la víctima de la intervención (scil. la extracción de sangre) no se puede distinguir de la que por ejemplo implica una prestación de socorro en caso de necesidad con arreglo al § 323 c StGB". La decisión autónoma sobre el propio cuerpo es por tanto un valor elevado, pero que no está sustraído a cualquier ponderación.

g) Regulaciones legales

45 Otro factor decisivo para la ponderación lo constituyen frecuentemente las valoraciones plasmadas en las regulaciones legales al margen del § 34. Ello es importante, en primer lugar, para la relación entre el § 34 y otras normas de ponderación. Ya se ha expuesto anteriormente (§ 14, nm. 47 ss.) que las ponderaciones que se han plasmado en causas de justificación especiales no se pueden eludir recurriendo al § 34. Por consiguiente, no se puede transitar con un vehículo por una calle cerrada al tráfico invocando el § 34, cuando cabe solicitar una autorización excepcional, mediante la cual ya se tienen en cuenta las posibles situaciones de conflicto (BayObLG JR 1956, 307). Tampoco puede justificar el § 34 que se dispare contra piezas de caza durante la época de veda, dado que las leyes de caza de cada Land ya han efectuado las ponderaciones que se plantean en esta materia (BayObLG NJW 1953, 1563). La policía no está amparada por estado de necesidad en caso de que para la persecución de delitos de tráfico de estupefacientes penetre en moradas ajenas despreciando los §§ 102 ss. StPO (de otra opinión OLG München NJW 1972, 2275) [62]; pues el legislador en los §§ 102 ss. StPO ha precisado con carácter vinculante cómo quiere realizar la ponderación en caso de conflicto entre los intereses del Estado en la persecución penal y el interés de la libertad del inculpado.

---

[60] Wessels, AT[23], § 8 IV 4.

[61] Jakobs, AT[2], 13/25; sin embargo, son poco convincentes las razones "simbólicas" que en su opinión posiblemente excluyan pese a todo la justificación por estado de necesidad.

[62] Oponiéndose detenidamente, Amelung/Schall, JuS 1975, 569 ss.; Grebing, GA 1979, 99 ss.

Asimismo, las escuchas clandestinas de las conversaciones de un abogado defensor con su cliente en prisión preventiva vulnerando el § 201, como las que se produjeron en 1975/76 en Stammheim siguiendo instrucciones del Ministerio [63], no se pueden justificar por el § 34; pues el legislador ya ha ponderado y decidido en el § 148 StPO las medidas de vigilancia que son admisibles.

Sin embargo, excepcionalmente habrá que admitir que se recurra al § 34 **46** si el peligro que amenaza es tan exorbitante y atípico que no se ha tenido en cuenta en la ponderación de la regulación legal especial (cfr. ya § 14, nm. 49). Así p.ej., al regular las relaciones entre defensor e inculpado en el § 148 StPO, ciertamente el legislador ha aceptado la posibilidad de que en el caso concreto en tales conversaciones se planee un encubrimiento, una sustracción o destrucción de documentos, un falso testimonio u otros delitos tendentes a impedir la condena; y esto no se puede prevenir por medio del § 34. Pero si fuera necesaria para impedir que se realice un delito concreto de asesinato, sí que se podrá amparar la escucha clandestina en el § 34, pues tal fenómeno cae fuera de las posibilidades previstas en el § 148 StPO. Sólo desde ese punto de vista se podía justificar también por el § 34 la "incomunicación" decretada en el caso Schleyer infringiendo el § 148 StPO (BGHSt 27, 260) [64]; sin embargo, en este caso no se daba la justificación porque no era necesaria una medida tan dura, ya que se habría podido encargar del caso a defensores de oficio que no fueran sospechosos de colaboración [65].

También se podrá justificar excepcionalmente por el § 34 la inobservancia **47** de los requisitos legales de la ingerencia regulados en normas especiales, cuando la actuación del sujeto que obra en estado de necesidad en interés de la propia víctima supone una intervención más benigna de la que de lo contrario sería necesaria. En BGHSt 13, 197, los hijos habían encerrado temporalmente a su madre, que tenía perturbadas sus facultades mentales, para impedir que durante sus ataques de locura se escapara de la casa o causara algún otro daño. En principio se oponía a la justificación por el § 34 de la infracción del § 239 el hecho de que para privar de libertad a enfermos mentales estaba previsto el procedimiento de incapacitación (cfr. §§ 1896 v. a., 1800 y 1631 I BGB; actualmente son aplicables los §§ 1896 ss. y 1906 BGB en la nueva redacción aprobada por la BetreuungsG de 12-9-1990), que no puede ser eludido por una actuación por su cuenta amparada en el precepto del estado de necesidad. Y frente a esto no puede convencer la consideración alegada por el BGH a favor de la justificación, en el sentido de que la "autotutela familiar" no se puede someter al "control y reglamentación estatal" (pp. 201 s.); ello es

---

[63] Cfr. Grebing, GA 1979, 105 s.

[64] Rechazándola Amelung, NJW 1978, 623; Sydow, JuS 1978, 222; Jakobs, AT^2, 13/42. Sobre la cuestión de si las intervenciones de la autoridad se pueden apoyar en el § 34, cfr. nm. 88 s.

[65] Grebing, GA 1979, 105, n. 137.

incorrecto, puesto que el procedimiento de incapacitación está precisamente para impedir que la familia pueda recluir sin control jurídico a uno de sus miembros al que consideran enfermo mental. Pero la sustitución de las amplias restricciones de estatus y libertad que supone el procedimiento de incapacitación por medidas protectoras dentro de la familia, por su forma más considerada, la mayoría de las veces es favorable precisamente a la víctima de la intervención y por tanto puede estar justificada [66].

48 Tampoco se puede justificar por el § 34 la eliminación de un peligro si del conjunto del ordenamiento jurídico se desprende que ha de soportarse el daño. Así un condenado por una sentencia firme, aunque sea inocente, no puede escapar de la prisión golpeando a los funcionarios encargados de su custodia invocando el § 34, sino que tiene que acudir a los recursos legales. O ante un peligro que afecta a todos por igual (p.ej. una situación de hambre en época de guerra), no se puede justificar por estado de necesidad el hurto de alimentos. O quien está al borde de la quiebra no puede salvar su negocio mediante apropiación indebida de fondos ajenos, por mucho que el daño que amenaza producirse con la bancarrota sea desproporcionadamente mayor que el producido por la apropiación indebida; pues las consecuencias jurídicas de una insolvencia financiera están terminantemente reguladas en el Derecho sobre concursos, convenios y ejecución forzosa, sin que entre las mismas tenga cabida un "préstamo forzoso" por el procedimiento de la autotutela. Este punto de vista se pasa por alto en BGHSt 12, 299: esta sentencia consideró justificada la actuación de un sujeto que se había apropiado de recursos públicos de los que disponía por importe de 5.000 marcos, para hacer posible que se efectuara una gira de conciertos, en la que ya se habían invertido 80.000 marcos, que se hubieran perdido de no llevarse a cabo la gira. Sin embargo, esa pérdida debería haberse soportado como cualquier otra pérdida económica que se produzca por cálculos equivocados o por simple mala suerte; pues todo lo que no sea eso supondría una incitación a resolver los problemas financieros mediante delitos. También era inadmisible la afirmación de un abogado (BGH NJW 1976, 680) de que estaba justificada por el § 34 la apropiación de fondos que le habían confiado sus clientes porque ésa era la única manera en que había podido evitar la quiebra de su bufete y el consiguiente daño para el prestigio de la abogacía. Obviamente aquí quedaba excluida ya la justificación porque la administración desleal de fondos no es un medio idóneo para fortalecer la confianza en la abogacía; pero prescindiendo de eso, es que en cualquier caso nadie puede solucionar su falta de liquidez mediante la comisión de delitos [67].

---

[66] Cfr. Roxin, ESJ, AT², caso 29; siguiendo la fundamentación dada en esa obra, Wessels, AT²³, § 8 IV 3 b. En contra de la justificación Jakobs, AT², 13/42, 49.

[67] Cfr. sobre ambas sentencias *Bockelmann, JZ 1959, 495 ss.; Küper, JZ 1976, 515 ss.*

De la preeminencia de las valoraciones legales se deriva también que por regla general no se puede justificar en virtud del § 34 la llamada desobediencia civil [68]. Desobediencia civil es "una infracción consciente de las reglas como medio utilizado con el fin de realizar una protesta manifestada públicamente y fundada en razones ético-normativas, que no es violenta y de cuyas consecuencias está dispuesto a responder el que protesta" [69]. La sent. BVerfGE 73, 206 (250), habla de una "resistencia del ciudadano frente a decisiones concretas e importantes del Estado..., para enfrentarse a una decisión que considera condenable y éticamente ilegítima con medios que van desde la protesta con manifestaciones y emblemas hasta infracciones de las reglas para provocar escándalo". Pues bien, la posible justificación de la desobediencia civil en virtud del § 34 [70] tropieza con el obstáculo insalvable (prescindiendo ya de que también habría que negar que se trate de un "peligro no afrontable de otro modo") del principio de la mayoría democrática: si el Estado decide por el procedimiento legal la adopción de determinadas medidas (como el rearme, la instalación de centrales de energía atómica, o similares), no puede reconocerle simultáneamente un "interés sustancialmente preponderante" en el sentido del § 34 a la desobediencia civil, que combate dichas medidas realizando tipos penales (como p.ej. coacciones, allanamientos de morada o daños); pues de ese modo entraría en contradicción consigo mismo y dejaría sin vigencia las reglas de la mayoría. Y por la misma razón tampoco es viable la propuesta de Dreier [71] de derivar directamente de los arts. 5 y 8 GG una justificación basada en la ponderación. Pero lo que sí cabe plantear en el caso concreto es una posible exclusión supralegal de la responsabilidad (para más detalles cfr. § 22, nm. 129a ss.). 49

h) La provocación de la situación de necesidad

Actualmente es unánime la opinión que mantiene que la provocación culpable de la situación de necesidad no excluye la posibilidad de invocar el § 34 [72]. En la doctrina antigua, siguiendo el riguroso lema de Binding [73]: "quien se haya puesto en peligro, que perezca en el mismo", frecuentemente se negaba cualquier posibilidad de justificación si el estado de necesidad era provocado. Pero ya el RG, en su fundamental sentencia sobre el estado de necesidad 50

---

[68] Detalladamente sobre toda esta problemática: Roxin, Schüler-Springorum-FS, 1993, 441. Otra bibl. adicional: Dreier, 1983, 54; Schüler-Springorum, 1983, 76 ss.; Laker, 1986; Prittwitz, JA 1987, 17; Lenckner, JuS 1988, 349. De la bibl. de comentarios y manuales: Dreher/Tröndle[46], antes del § 32, nm. 10 a; Lackner[20], antes del § 32, nm. 27; Sch/Sch/Lenckner[24], § 34, nm. 41 a; Jakobs, AT[2], 15/5 a, b.

[69] Schüler-Springorum, 1983, 79.

[70] A la que se inclina Schüler-Springorum, cit. en n. 68.

[71] Cit. en n. 68.

[72] Monografía básica: Küper, Der "verschuldete" rechtfertigende Notstand, 1983. Anteriormente la más detallada era la de Henkel, 1932, 135 ss.

[73] Binding, Handbuch StrR, t. I, 1885, 778.

supralegal (RGSt 61, 242, 255), había admitido la justificación incluso en caso de provocación de la situación de necesidad, argumentando que, a diferencia del estado de necesidad disculpante (hoy: § 35), en los casos ya regulados entonces legalmente en los §§ 228 y 904 BGB se había prescindido de la falta de provocación de la situación de necesidad. Y el nuevo § 34, a diferencia del § 35, tampoco contiene el requisito de la falta de provocación. Pero, aparte del tenor legal, el hecho de que en este punto deba tratarse de modo distinto el estado de necesidad justificante y el disculpante, puede fundamentarse también teleológicamente: pues, mientras que en el supuesto del § 35 el sujeto hace algo antijurídico, o sea socialmente desaprobado, que no merece exculpación alguna si aquél para colmo ha provocado culpablemente su situación, en el caso del § 34 el sujeto actúa para preservar intereses que no pierden sin más su —por lo demás— sustancial preponderancia por la provocación culpable de la situación de necesidad.

51 Numerosos ejemplos de uso académico ponen de relieve que pese a la provocación del origen del peligro ha de seguir cabiendo la justificación. Así, si un montañero emprende una escalada pese a las advertencias de los conocedores del lugar y no consigue descender, no obstante hay que permitirle que penetre en una cabaña privada para no congelarse. Y si un suicida se tira al agua pero después cambia de opinión, el propietario de una barca, en la que el sujeto pretende salvarse, no puede arrojarlo de la misma con el argumento de que él mismo ha provocado su propia situación de necesidad, y por tanto, que perezca en la misma [74]. Y el caso más frecuente en la praxis es el de que un sujeto provoca un accidente de tráfico y evita que las víctimas le den una paliza huyendo del lugar del accidente infringiendo el § 142; conducta que según la jurispr. está justificada por el § 34. Correlativamente se ha admitido la justificación en un caso en que un conductor, sin darse cuenta pero culpablemente, quiso utilizar como salida una entrada a la autopista y, tras advertir su error, retrocedió marcha atrás de un modo prohibido en sí mismo (OLG Köln VRS 56 [1979], 63): pues los peligros que se producían al retroceder con cuidado eran sustancialmente inferiores a los que se habrían producido si hubiera continuado hacia adelante o si se hubiera quedado parado; y la ponderación que se deriva del grado de los peligros no cambia para nada por el hecho de que el automovilista hubiera provocado culpablemente la situación. En el muy discutido "caso de las heces fecales", el conductor de un camión con una pesada carga de inmundicias había penetrado imprudentemente por un camino de tierra poco firme; y, al atascarse el camión y amenazar con volcar y sufrir graves daños el vehículo, el conductor, contraviniendo los §§ 4 I y 18 I n.º 1 AbfG, vació la carga en la finca colindante, sin que su propietario

[74] El ejemplo del montañero se encuentra en Lenckner, 1965, 104; similar Henkel, 1932, 137, en donde también se encuentra el ejemplo del suicida. Ambos autores añaden otros casos.

hubiera aprobado tal vaciado. Como el conductor había actuado para evitar un daño patrimonial considerable a su patrono, el BayObLG le reconoció la existencia de un estado de necesidad justificante, y no consideró la provocación de la situación de necesidad como causa para denegar la justificación; pero el tribunal estimó que de la *illicita causa* que suponía el haberse introducido por el camino de tierra se derivaba responsabilidad penal por infracción imprudente de los §§ 4 I y 18 I n.º 1 AbfG (NJW 1978, 2046)[75].

Ahora bien, esto no significa que la provocación culpable de la situación de necesidad carezca totalmente de influencia sobre la ponderación de intereses[76]. En efecto, en la ponderación de intereses no se trata de la proporción valorativa abstracta de los mismos, sino de la protección que merecen en el caso concreto, y a esos efectos la provocación culpable de la situación de necesidad en cualquier caso es un punto de vista que hay que incluir en la decisión. Concretamente, tendrá una importancia determinante en el caso de la "provocación intencional"[77]: así, quien premeditadamente se ponga en una situación de estado de necesidad para poder librarse de ella a costa de otros, no actúa justificadamente aunque sus intereses fueran al margen de ello sustancialmente preponderantes. Por lo demás hay que distinguir además según que el autor sólo haya provocado culpablemente su propia puesta en peligro o que también haya podido prever ya de antemano la necesidad de tener que librarse del peligro mediante una ingerencia en bienes jurídicos ajenos; a efectos de ponderación, el segundo caso pesa más que el primero en contra del sujeto que obra en estado de necesidad. En cambio, la provocación culpable por parte de quien actúa en estado de necesidad no constituye un punto de vista relevante para la ponderación cuando el sujeto pone en peligro a otro no implicado y a continuación lo salva a costa de otro tercero no implicado; pues de la provocación del salvador no puede derivarse ningún perjuicio para el sujeto puesto en peligro. 52

Un ejemplo bastante gráfico lo constituye el "caso de la huida del lugar del accidente" resuelto por el BGH (VRS 36 [1969], 23)[78], en el que el conductor de un turismo había causado con dolo eventual un accidente de tráfico y a continuación se había dado a la fuga infringiendo el § 142 para evitar ser apaleado por las personas allí presentes, como se podía temer desde el principio. Por regla general la jurispr. admite efectivamente en estos casos la aplicación del § 34 (cfr. nm. 51, 67). Pero si, como ocurre en la presente situación, el autor acoge en su plan, aunque no intencionadamente, sí con dolo eventual tanto el peligro como la "salvación" lesiva de bienes jurídicos 53

[75] Cfr. sobre esta sent. Hruschka, JR 1979, 125; Dencker, JuS 1979, 779; Küper, 1983, 136 ss.; Joerden, GA 1993, 252 ss.
[76] Así, sin embargo, Hruschka, JR 1979, 126; sobre la doctrina antigua Henkel, 1932, 137 s.
[77] Cfr. para más detalles Küper, 1983, 32 s.
[78] Analizado a fondo por Küper, 1983, 90 ss.

que se produce como consecuencia, lo cierto es que entonces su interés en la integridad corporal ya no es sustancialmente preponderante sobre el interés de la víctima lesionada en la comprobación de las circunstancias y datos del hecho [79]. Eso no significa que se tenga que dejar apalear, pues conserva su derecho a actuar en legítima defensa; pero sí que tiene que exponerse al riesgo de ser agredido, puesto que él mismo lo ha provocado conscientemente. Tiene razón el BGH en otra sent. (NJW 1989, 2479, 2481) al tomar también en consideración en la ponderación el hecho de "que la situación de estado de necesidad ha sido provocada, no por la víctima del hecho, sino por el propio acusado al haber penetrado antijurídicamente en el granero y haberlo incendiado". Por otra parte, en el caso de las heces fecales (nm. 51) la provocación culpable del conductor del camión es irrelevante para la ponderación, porque el vehículo en peligro no era propiedad suya, sino de su patrono; y aunque en determinadas circunstancias el patrono tendrá que responder de la provocación culpable de su empleado [80], sin embargo ello sólo es así si la provocación de la situación de peligro cae dentro del ámbito competencial del empleado, lo que aquí no sucedía [81].

54 Un amplio sector, pese a admitir la justificación de la acción de estado de necesidad, sostiene no obstante que la responsabilidad penal del sujeto que actúa en estado de necesidad se deriva de su conducta previa conforme a los principios de la *actio illicita in causa*. El problema es aquí similar a como se presenta en la legítima defensa (cfr. § 15, nm. 62, 68), y las objeciones allí planteadas a esa figura jurídica también son en parte válidas en este caso [82]. Pero con independencia de ello, por regla general la vinculación de un castigo a la conducta previa fracasa ya en la estructura de aquellos tipos que requieren una conducta con una específica modalidad típica y no una mera causación del resultado. Así p.ej. en el caso de la huida del lugar del accidente (nm. 53) no es posible considerar que la causación del accidente es ya el comienzo de una huida del lugar del accidente. "La colocación de una causa de la posterior acción de huida y de su resultado al crear una situación de estado de necesidad aún no constituye en sí misma una 'huida tras un accidente de tráfico' ni un 'alejarse del lugar del accidente'" [83]. También en el caso de las heces fecales el BayObLG ha considerado equivocadamente que había un delito imprudente en virtud de los §§ 4 I y 18 I n.º 1 AbfG por el hecho de que el sujeto que

---

[79] Igual Küper, 1983, 90 ss. El BGH dejó planteada la decisión de esa cuestión con una argumentación no convincente (al respecto Küper, loc. cit.), pero en cuanto al resultado llegó asimismo a una solución condenatoria.

[80] Así lo defiende en este caso concreto Dencker, JuS 1979, 781, que no obstante, en cuanto al resultado acaba llegando a admitir la justificación.

[81] Para más detalles Küper, 1983, 151 ss.

[82] Una discusión muy detallada, pero aún demasiado condescendiente con la *actio illicita in causa*, en Dencker, JuS 1979, 781 ss., y Küper, 1983, *passim*.

[83] Küper, 1983, 101.

actuaba en estado de necesidad "había circulado por un camino que por la calidad del firme era totalmente inadecuado para transitar con un camión" (NJW 1978, 2047). Ello es equivocado porque el hecho de conducir por un camino de tierra no se puede subsumir en el tipo del "vertido de residuos"; ¡hacerlo infringe la prohibición de analogía [84]! Y tampoco merece apoyo la *actio illicita in causa* desde el punto de vista de política jurídica. En efecto, si el autor ha de pensar que es cierto que va a estar justificado al emprender el salvamento por esa acción salvadora, pero que va a ser castigado por su conducta previa, la mayoría de las veces se abstendrá de realizar la acción salvadora para no incurrir en responsabilidad penal. Y sin embargo, el ordenamiento jurídico ha de preferir el salvamento y con ello la preservación de los intereses de más valor, de tal modo que, si se impone una pena gracias a la *actio illicita in causa*, ¡estaría operando en contra de sus propios intereses!

i) Posiciones de deberes especiales

En el § 35, respecto del estado de necesidad disculpante, se destaca expresamente como circunstancia que excluye la exculpación la de que al sujeto, "por estar en una situación jurídica especial, se le podía exigir que soportara el peligro". Y en el estado de necesidad justificante se reconoce unánimemente que igualmente hay que tener en cuenta ese punto de vista [85]. Ya en la fundamentación del P 1962 se afirma [86]: "El soldado o el bombero en algunos casos tendrá que asumir correr peligros para su vida o integridad incluso para proteger y salvar bienes patrimoniales". Por tanto no podrá invocar el § 34 si elude el peligro, a pesar de que en los casos normales la preservación de la vida y la salud justifica que se dañen bienes patrimoniales; pues la especial posición de deber hace que los intereses del propietario de la cosa resulten más dignos de protección. Sin embargo, los deberes de soportar peligros no son deberes de sacrificarse, sino de riesgo [87]; si hay que contar con seguridad o con gran probabilidad con sufrir la muerte o un grave daño en la salud, volverá a estar justificado por el § 34 el hecho de eludir el peligro aunque exista una posición de deber especial. **55**

Entre quienes están en posiciones de deberes especiales cabe citar, aparte de los ya indicados, sobre todo a policías, marinos o encargados de la ventilación en las minas, pero también v.gr. a médicos y jueces respecto de los peligros específicos de sus profesiones. Así p.ej., si un juez se deja inducir a una prevaricación porque unos gángsters le han amenazado con matarle si **56**

---

[84] Dencker, JuS 1979, 783; dubitativo Küper, 1983, 154 ss.

[85] Según las exposiciones de motivos de los Proyectos y una parte de la doctrina, ello sólo debe suceder dentro del marco de la cláusula de la adecuación del § 34, inc. 2.° Sobre ello cfr. nm. 79 ss. Detalladamente, y tb. sobre el § 35 I 2, Lugert, 1991.

[86] BT-Drucks. IV/650, 159 s.

[87] Cfr. al respecto Küper, JZ 1980, 756, con ulteriores indicaciones bibliográficas.

adopta una resolución justa [88], ello no se puede justificar por el § 34: pues aunque la vida sea en sí misma un bien jurídico de más valor que la administración de Justicia, como al juez le está específicamente confiada la administración de Justicia, también tiene que soportar peligros por la misma. Cierto que no se le podrá exigir que por el Derecho vaya a una muerte segura, pero sí que ponga en conocimiento de las autoridades la amenaza de asesinato, reclame protección policial y asuma el riesgo pese a todo subsistente. Y también habrá un deber de soportar el peligro cuando exista una posición de garante frente al bien en peligro (v.gr. en la relación de los padres respecto de sus hijos) [89]; por tanto, el padre no estará justificado por el § 34 si omite salvar a su hijo de un incendio en su casa alegando riesgos para su salud.

j) La actuación de parte del injusto

57 Una cuestión polémica y no aclarada es la de si la ponderación de intereses se ve influida por el hecho de que al sujeto que se ingiere en bienes jurídicos ajenos le haya puesto en situación de peligro la coacción de un tercero; p.ej., si una amenaza de muerte incita a alguien a cometer un falso testimonio o un hurto. Está claro que en tales casos, si el amenazado no tiene otra salida, como mínimo ha de haber una exculpación en virtud del § 35. Pero la cuestión es si no es aplicable ya el estado de necesidad justificante del § 34, puesto que la vida del amenazado es un bien jurídico superior a la administración de Justicia y la propiedad. Según una posición, defendida sobre todo por Lenckner [90], en los supuestos de estado de necesidad por coacción está siempre excluida la justificación por el § 34, es decir que nunca es posible que el autor persiga intereses sustancialmente superiores a los de la víctima. "Ello se debe a que aquí el sujeto, aunque sea forzado, se pone de parte del injusto, cosa que sin embargo el Derecho, si no quiere renunciar a un presupuesto elemental de su propia pretensión de vigencia, por principio no puede aprobar" [91]. Frente a esto, la opinión contraria [92] le niega al estado de necesidad por coacción cualquier influencia en la ponderación de intereses, porque el sujeto puede "reclamar exactamente igual la solidaridad de los demás conciudadanos", tanto "si el peligro procede de fuerzas naturales como si procede de la conducta antijurídica de otro" [93].

---

[88] Discute ese caso Krey, Jura 1979, 316 ss., que asimismo rechaza la justificación (y también la exculpación).

[89] Sch/Sch/Lenckner[24], § 34, nm. 34; discr. Küper, 1979, 107 ss.

[90] Lenckner, 1965, 117; Sch/Sch/Lenckner[24], § 34, nm. 41 b; Baumann/Weber, AT[9], § 21 III; Blei, AT[18], § 44 IV 5; además, Lange, NJW 1978, 785; Weber, Jura 1984, 369 ss.

[91] Sch/Sch/Lenckner[24], § 34, nm. 41 b.

[92] Sobre todo Krey, Jura 1979, 321, n. 33; SK[5]-Samson, § 34, nm. 31; Schmidhäuser, StuB AT[2], 6/37; Jakobs, AT[2], 13/14; Küper, 1986, 47 ss.

[93] SK[5]-Samson, § 34, nm. 31.

La solución correcta podría consistir en no considerar la "actuación de parte del injusto" ni como irrelevante para la ponderación ni tampoco como excluyente de la justificación sin más, sino en considerar este punto de vista como un factor que hay que tener en cuenta junto a otros en la ponderación, y que pesa en contra de la justificación, pero sin impedirla necesariamente [94]. A efectos prácticos esto significa que si se cometen delitos poco graves, puede preponderar el interés del coaccionado; así, cuando se trate sólo de un allanamiento de morada, de unos daños leves o de un pequeño hurto, se le puede exigir al titular del bien jurídico que soporte la ingerencia por solidaridad con el coaccionado, del mismo modo que también tendría que soportarla de ser otro el origen del peligro. Y lo propio sucede con las ingerencias en bienes jurídicos que no están protegidos jurídicopenalmente (p.ej. privaciones temporales de la posesión o vulneraciones del derecho general de la personalidad). En cambio, en caso de delitos de mayor gravedad (sobre todo en los delitos graves) hay que seguir la opinión de Lenckner de atribuir al mantenimiento del orden jurídico un valor tan elevado que los intereses del coaccionado ya no serán sustancialmente preponderantes, aunque, visto en abstracto, el bien jurídico preservado por éste sea el más valioso. De lo contrario los gángsters astutos sólo tendrían que utilizar los medios del § 35 para servirse de personas que actuaran como dóciles instrumentos suyos y de ese modo poder excluir incluso el derecho de la víctima a defenderse. **58**

Por consiguiente, el falso testimonio o el robo al que el autor se ve forzado por una amenaza de asesinato, sigue siendo antijurídico y sólo estará disculpado en la medida del § 35. Ello supone que, en cuanto sean agredidos bienes jurídicos individuales (como en el caso del robo), subsiste el derecho a la legítima defensa frente al agresor coaccionado, si bien con las restricciones ético-sociales que también rigen frente a otras personas no culpables (cfr. § 15, nm. 55 ss.). Por lo demás, en el caso de los delitos más graves puede plantearse en determinadas circunstancias la justificación del coaccionado desde otros puntos de vista distintos del del estado de necesidad. Así p.ej., si el cajero de un Banco entrega el dinero a los gángsters para salvar la vida de un rehén, tal conducta que en sí misma es subsumible en el § 266 [administración desleal] puede estar justificada por consentimiento presunto del titular del Banco. **59**

Un difícil problema especial es el de la liberación de presos forzada mediante la amenaza de asesinar a rehenes [95]. La liberación indebida de presos **60**

---

[94] Para más detalles Roxin, Oehler-FS, 1985, 187 ss.; similar Neumann, JA 1988, 329, que, para que esté justificado el coaccionado, requiere la amenaza de los máximos bienes jurídicos personales, pero incluso en tal caso excluye la justificación si se ataca la vida, integridad o libertad de la víctima. Kelker, 1993, 60 ss., rechaza por "arbitrarias" esas valoraciones y en su lugar valora como antijurídicos de modo general los hechos cometidos bajo coacción de otras personas, porque menoscaban la libertad y no pueden contar con solidaridad (pp. 159 ss.).

[95] Al respecto cfr. Krey, ZRP 1975, 97 ss., y ampliamente Küper, 1986, con ulteriores citas.

(§ 120) no es un delito menor, sobre todo si afecta a criminales responsables de delitos graves; y si además se incluye en la ponderación los peligros que implica la liberación, ni siquiera se podrá considerar sin más el interés en la vida de los rehenes como sustancialmente preponderante [96]; por tanto, incurriría en responsabilidad penal el director de un centro penitenciario que en un caso así pusiera sin más en libertad a los presos. La cuestión sólo se presenta de modo diferente cuando la liberación, como ocurrió en el caso Lorenz, sea ordenada por la cúpula del ejecutivo (o sea por el Gobierno federal); pues los bienes sacrificados por la liberación son bienes de la comunidad, por lo que en situaciones límite de ese tipo habrá que permitir a los máximos representantes electos de la comunidad —¡y sólo a ellos!—, a la vista de la obligación asimismo del máximo rango que el Estado tiene de proteger la vida, que efectúen una jerarquización vinculante entre esos bienes jurídicos, con la consecuencia de que esté justificada la liberación de presos [97]. Tiene razón Lenckner [98] cuando afirma que "... sólo al Estado como guardián del Derecho se le puede reservar, en el marco de su responsabilidad política global, la decisión de otorgar prioridad en el caso concreto a otros intereses obligatorios —aquí al deber de protección de sus ciudadanos— frente a la idea del prevalecimiento del Derecho, que en otros casos se opondría a la justificación". No obstante, no existe una obligación de ceder a los chantajes terroristas para proteger la vida de los rehenes [99].

k) La importancia individual del daño evitado y del causado para los respectivos afectados

61 Un factor que también hay que tener en cuenta en la ponderación es la importancia y significación para los afectados, que debe juzgarse según un criterio objetivo, pero teniendo en cuenta al máximo las circunstancias individuales [100]. Así p.ej. un estudiante que sólo pueda salvar de la pérdida que amenaza a un trabajo que ha preparado en casa con gran esfuerzo durante seis semanas para el examen causando daños en propiedad ajena, actuará justificadamente aunque el valor abstracto de ese trabajo sea inferior al de los daños causados. Y lo mismo sucede en el lado de la víctima. Así, no podrá efectuarse una interrupción del embarazo que en principio sería lícita por indicación

[96] En contra de la justificación Jakobs, AT², 13/42, argumentando que la StPO y el StGB excluyen las "consideraciones generales de oportunidad". A favor de la posibilidad de una liberación de presos justificada ("afirmación del 'poder', negación del 'tener que' hacerlo") Küper, 1986, 139.

[97] En ello reside el núcleo correcto de la postura de Krey, ZRP 1975, 99 s., que en tales casos reclama un "margen de juego para la decisión" por parte de "las instancias estatales competentes".

[98] Sch/Sch/Lenckner²⁴, § 34, nm. 41 b.

[99] BVerfGE 46, 160 ss. (sentencia del caso Schleyer).

[100] En contra de tal "relativización de la protección del ordenamiento jurídico" Baumann/Weber, AT⁹, § 22 II 1 b. A favor —con diversos matices— Lenckner, 1965, 98 ss.; Sch/Sch/Lenckner²⁴, § 34, nm. 33; SK⁵-Samson, § 34, nm. 43.

médica conforme al § 218 a, si la mujer no consiente y con ello da a conocer que para ella su propia salud no tiene un valor superior al de la vida de su hijo no nacido; en este caso el ordenamiento jurídico convierte la voluntad subjetiva de la embarazada en directriz de su ponderación objetiva. Y el médico tampoco puede invocar el § 34 para salvarle la vida contra su voluntad a la persona que se niega a ser operada, sino que el peso atribuido a los intereses por el paciente es prejudicial para el resultado de la ponderación. Sin embargo, el ordenamiento jurídico no tiene que conceder siempre y necesariamente la importancia decisiva a la estimación del individuo. Así p.ej., si con la jurispr. se considera irrelevante la voluntad suicida por vulnerar la ley moral, estará justificado por el § 34 el hecho de impedir por la fuerza el suicidio; ahora bien, decidir si realmente la voluntad suicida es siempre irrelevante es una cuestión con amplias implicaciones, que aquí no es posible resolver [101].

l) El origen del peligro en la esfera de la víctima de la ingerencia

El supuesto normal de estado de necesidad, en el que se han basado todas **62**
las discusiones anteriores, es el del estado de necesidad **agresivo:** el sujeto que obra en estado de necesidad ataca el bien jurídico de una persona no implicada para salvarse o salvar a otro de un peligro. Sólo en tiempos recientes se ha comenzado a prestar creciente atención al hecho de que también existe un **estado de necesidad defensivo** desencadenado por seres humanos, en el que el sujeto que obra en estado de necesidad se defiende frente a un peligro que tiene su origen en la víctima de la acción de estado de necesidad. Antes no se había tenido en cuenta en absoluto que pudiera haber casos de estado de necesidad defensivo que deban enjuiciarse desde el punto de vista del § 34, porque el estado de necesidad defensivo provocado por cosas (sobre todo por animales) es objeto de una regulación especial en el § 228 BGB (sobre ella *infra* nm. 96 ss.), mientras que los peligros procedentes de seres humanos deben tratarse por regla absolutamente general conforme a los principios de la legítima defensa (§ 32).

No obstante, hay cuatro grupos de casos en los que la defensa frente a un **63**
peligro de origen humano debe enjuiciarse por el § 34, porque no es posible aplicar el precepto de la legítima defensa por faltar una agresión actual y antijurídica: la amenaza procedente de un supuesto de falta de acción, p.ej. por un vehículo que a consecuencia de un accidente es lanzado con *vis absoluta* a la calzada contraria (1); la puesta en peligro creada por una acción diligente y por tanto no antijurídica, como puede ocurrir en caso de que un automovilista, pese a observar todas las reglas de tráfico, esté a punto de atropellar a una persona a quien no se podía ver a tiempo (2); la denominada perforación, en la que hay que matar a un niño en el parto para salvar la vida de la

[101] Detalladamente y fundamental al respecto, últimamente Bottke, Suizid und Strafrecht, 1982.

madre (3); y finalmente la legítima defensa preventiva, en la que se impide una agresión sólo en fase de preparación con medidas preventivas, porque posteriormente ya no sería posible (o sólo lo sería con mucha mayor dificultad) una defensa (4). En parte de esos supuestos falta ya una acción y con ello una agresión (1 y 3), en otros falta la antijuridicidad (2) y en otros la actualidad de la agresión (4). Por tanto, no es posible la legítima defensa; pero pese a ello el amenazado ha de poder hacer frente al peligro dentro de ciertos límites que hay que ponderar cuidadosamente conforme al § 34.

64 Ahora bien, una parte de la doctrina [102] propone solucionar los casos del estado de necesidad defensivo de origen humano, no conforme al § 34, sino por medio de una nueva causa de justificación supralegal de "estado de necesidad defensivo", que debe formarse por analogía con el § 228 BGB. Esta concepción parte de la base de que el § 34, al requerir que "el interés protegido sea sustancialmente preponderante sobre el dañado", sólo se ajusta al estado de necesidad agresivo, mientras que en el estado de necesidad defensivo también ha de caber la defensa aunque el interés protegido no sea sustancialmente preponderante. Según esto, frente a amenazas para la vida y la salud cabe protegerse lesionando y, si es necesario, incluso matando al causante del peligro, aunque el interés propio en la integridad y la vida no sea sustancialmente preponderante o no sea en absoluto preponderante o incluso sea inferior al interés de la víctima en los mismos bienes jurídicos. Por el contrario, para esta causa de justificación supralegal del estado de necesidad defensivo hay que acudir al criterio de ponderación, totalmente distinto, del § 228 BGB, según el cual el daño producido puede ser mayor que el evitado y únicamente "no puede ser desproporcionado" con el peligro que amenaza.

65 Sin embargo, esta posición no se puede compartir [103]. La hipótesis según la cual los problemas del estado de necesidad defensivo no se pueden solucionar adecuadamente por medio del § 34, interpreta equivocadamente la teoría de la ponderación de intereses en el sentido de la teoría de la ponderación de bienes. El hecho de que en tales casos muchas veces el **bien jurídico** protegido no sea sustancialmente más valioso que el dañado, no excluye que "el **interés** protegido sea sustancialmente preponderante sobre el dañado". Ya en la fundamentación del P 1962 [104] se reconocía la posibilidad de "que en determinadas circunstancias incluso un bien jurídico que sea más valioso según su rango

---

[102] La "inventora" del estado de necesidad defensivo autónomo es Ortrun Lampe, NJW 1968, 88, que sin embargo sustancialmente sólo quiere aplicar esa causa de justificación a la interrupción del embarazo y a la defensa frente a radiaciones. Posteriormente sostiene con energía esa posición Hruschka, Dreher-FS, 1977, 189 (203 ss.); idem, JuS 1979, 385 (391 s.); idem, NJW 1980, 21 s.; idem, StrafR², 78 ss. A favor de un estado de necesidad defensivo autónomo Jakobs, AT², 13/46 ss.; además Ludwig, 1991, 155 ss. (160).

[103] Detalladamente Roxin, Jescheck-FS, 1985, 457 ss.; en el mismo sentido sobre todo Lenckner, 1965, 102 s., 136 s.; Sch/Sch/Lenckner²⁴, § 34, nm. 30.

[104] BT-Drucks. IV/650, 159.

absoluto retroceda frente a un bien —considerado absolutamente— menos valioso, cuando el interés en proteger al último sea, por las peculiaridades del caso concreto, sustancialmente preponderante frente al interés en que el otro quede intacto". La circunstancia que en el estado de necesidad defensivo hace que en muchas ocasiones la ponderación de intereses recaiga a favor del bien objeto de conservación incluso aunque el bien jurídico no sea más valioso, es el origen del peligro desde la esfera del bien objeto de ingerencia: nadie tiene por qué soportar indefenso amenazas que le lleguen de fuera, incluso aunque no hayan sido causadas de modo imputable, porque el que pone en peligro no tiene un derecho de ingerencia. En esa idea es en la que se basa la ponderación de intereses que efectúa el § 228 BGB ante peligros procedentes de cosas, y esa idea hay que tenerla también en cuenta en el marco del § 34 como **un** punto de vista de ponderación junto a otros.

Para ello no es precisa una nueva causa supralegal de justificación (análoga 66
al § 228 BGB). Por el contrario, aunque en la ponderación conforme al § 34 hay que tener en cuenta en su tendencia la regulación del § 228 BGB, ésta no es en absoluto trasladable sin restricciones al supuesto de estado de necesidad defensivo de origen humano: pues si el § 228 BGB permite ingerencias hasta el límite de la total desproporción, ello se debe también a que el bien objeto de ingerencia sólo es una cosa; pero con personas, cuyas puestas en peligro no dan lugar a legítima defensa, hay que proceder de modo más considerado que con las cosas. Y una eventual provocación de la puesta en peligro por el sujeto que actúa en estado de necesidad, que según el § 228 inc. 2.° BGB no influiría en la justificación, sí que ha de pesar en caso de actuación defensiva frente a una persona causante del peligro. Teniendo en cuenta esa situación de ponderación mucho más compleja que la del § 228, resulta lo siguiente para los concretos grupos de casos de estado de necesidad defensivo:

En caso de puesta en peligro por supuestos de falta de acción o por acciones 67
que no infringen el deber de cuidado (grupos 1 y 2), el que el peligro proceda de la esfera del causante da lugar a que se puedan justificar unas lesiones leves para preservar bienes patrimoniales considerables. Por tanto, si un epiléptico sufre un ataque convulsivo dando golpes en torno suyo y el propietario de un valioso jarrón le empuja hacia atrás con violencia para impedir que lo destruya, o si una persona sujeta con las bridas a unos caballos desbocados que tiraban de un coche y, aceptando la posibilidad de que los ocupantes del coche se golpeen, consigue detenerlos a tiempo antes de que arrollen su puesto del mercado causando un daño patrimonial considerable, habrá que considerar sus intereses como "sustancialmente preponderantes" y justificar su conducta por el § 34. Pero con ello también se habrá alcanzado ya el límite de lo admisible. Así p.ej. el propietario no podrá producirle al causante del peligro fracturas óseas o una conmoción cerebral grave; pues la diferencia de valor

entre la salud humana y los meros bienes patrimoniales es demasiado grande como para que en la ponderación de intereses se pueda modificar más que en escasa medida por el hecho de una causación del peligro que no es reponsabilidad del causante [105].

68 Si en un estado de necesidad defensivo alguien ve amenazada su vida y su salud, no se le podrá exigir que asuma el riesgo de sufrir la muerte o lesiones graves; por tanto, la persona en peligro actúa justificadamente si lesiona gravemente o, en un caso extremo, incluso mata al causante del peligro [106]. Es cierto que éste no es responsable del peligro que origina, pero ello no cambia para nada el hecho de que nadie que no tenga un deber especial de exponerse al peligro tiene que soportar graves daños corporales en consideración a otro. Ahora bien: cuando sea posible, habrá que esquivar o servirse de ayuda ajena; pues de lo contrario el peligro será evitable de esa manera. Y también habrá que exigir un cierto grado de solidaridad con el prójimo, de tal manera que habrá que aceptar riesgos de mediana entidad para la salud antes de lesionar gravemente o matar a una persona que causa el peligro de un modo que no le es imputable. No obstante, en el estado de necesidad defensivo será inevitable en casos límite una ponderación de vida frente a vida, que es inadmisible en otros supuestos. Sobre la solución de tales colisiones por medio del "espacio fuera del Derecho" cfr. § 14, nm. 25 ss.; y sobre la construcción de una "situación análoga al estado de necesidad" cfr. *infra* nm. 111 ss.

69 Con ello también queda prefigurada la solución al caso de la perforación, concepto que supone que se mata a un niño durante el parto para salvar la vida de la madre o para evitarle graves daños en su salud; en la mayoría de los casos la necesidad de tal conducta se debe a una constitución especial del niño (p.ej. hidrocefalia). Todavía el P 1962 había querido equiparar el supuesto de la perforación al de la interrupción del embarazo por indicación médica (cfr. § 157 II); en cambio, la actual ley guarda silencio al respecto. Sin embargo, habrá que aceptar que el hecho está justificado por el § 34 [107], dado que se trata de un caso clásico de estado de necesidad defensivo, que sólo se distingue del grupo de casos n.° 1, más arriba mencionado, por la especial configuración de su supuesto de hecho: una persona (el niño que está naciendo) pone en peligro a otra persona (la madre) sin que se le pueda imputar

---

[105] Jakobs, AT[2], 13/47, sólo admite la aplicación de las reglas del estado de necesidad defensivo "cuando la víctima de la intervención sea responsable del peligro".

[106] De un caso sumamente raro de ese tipo se ocupa BGH NStZ 1989, 430 (con Com. de Eue, JZ 1990, 765): un hombre que salió huyendo gravemente herido de un granero en llamas, se topó con una campesina que sin querer le impedía el paso por una salida muy estrecha y, para salvar su vida, la tiró al suelo y la mató imprudentemente. La ponderación se complica además, y debe resolverse en perjuicio del sujeto, porque él mismo había incendiado imprudentemente el granero, causando con ello el peligro (cfr. nm. 50 ss., 53).

[107] Así tb. en cuanto al resultado Jescheck, AT[4], § 33 IV 3 a (n. 33); LK[10]-Hirsch, § 34, nm. 74; Sch/Sch/Eser[24], antes del § 218, nm. 34.

dicha puesta en peligro ni siquiera como acción, ya que el parto es un proceso puramente biológico. Pese a todo —por muy trágicos que sean esos casos— la ponderación debe resolverse a favor de la madre. La madre, que le da la vida al niño, tiene que asumir las molestias y perturbaciones de la salud que usualmente van unidas al embarazo; pero el Derecho no le puede exigir a la dadora de vida el sacrificio de su vida o la aceptación de daños graves a su salud. Así lo pone de manifiesto también el supuesto paralelo de la interrupción del embarazo en caso de indicación médica [108], pues si la perforación no es subsumible en el mismo es únicamente porque —a diferencia del Derecho civil— el Derecho penal ha anticipado la cualidad de persona al comienzo del parto; ahora bien, esto se ha hecho para proteger durante el parto al niño de homicidios y lesiones evitables, pero no para recortar el derecho a la vida de la madre.

Sin embargo, la ponderación de intereses tampoco da lugar en este caso a una inversión sin más de la proporción entre los bienes al estilo del § 228, sino que, al igual que en otros casos de estado de necesidad defensivo del que no es responsable el creador del peligro, se podrá esperar de la persona en peligro (la madre, en este caso) que soporte daños corporales de mediana entidad, tanto más cuanto que a ella le afecta un deber de soportar el peligro derivado de su posición de garante (cfr. nm. 56). A efectos prácticos esto significa que ha de aceptarse un riesgo limitado para la salud y que no se puede realizar una perforación si el parto es posible sin especial peligro mediante una cesárea [109]. Por lo demás, también se invierte la ponderación de intereses si la propia madre se ha decidido a favor de su hijo (cfr. nm. 61): si declara que quiere dar a luz en todo caso al niño y aceptar el riesgo que ello suponga para su salud o incluso su vida, el médico tendrá que respetarlo. **70**

Una parte de la doctrina [110], debido a la supuesta imponderabilidad sin excepciones de vida frente a vida, sólo acepta una exclusión de la culpabilidad, que en el caso de la madre se podría apoyar en el § 35, pero en el de los médicos sólo en una causa supralegal de exclusión de la culpabilidad. Pero esta solución no es satisfactoria: pues, prescindiendo de que no se puede colocar al médico ante la alternativa de actuar antijurídicamente o dejar morir a la madre, la mera exculpación le abriría la puerta a la legítima defensa de terceros, con lo que el conflicto existencial entre madre e hijo aún se podría ampliar a otras personas, en ocasiones con consecuencias peligrosas para vidas. Asimismo Krey [111] opina que debido a la imponderabilidad de la vida **71**

---

[108] Cfr. LK[10]-Hirsch, § 34, nm. 74.
[109] Cfr. Sch/Sch/Eser[24], antes del § 218, nm. 34.
[110] SK[4]-Rudolphi, antes del § 218, nm. 15; vacilante y dubitativo respecto de la posibilidad de justificación Jakobs, AT[2], 13/22 y n. 44.
[111] Krey, BT/1[9], nm. 167; antes tb. Maurach/Schroeder, BT/1[6], 1977, § 5 V 2. Cfr. tb. Dreher/Tröndle[46], § 34, nm. 21.

humana no se puede recurrir al § 34, pero le reconoce al médico una colisión de deberes justificante. Pero ello conduciría necesariamente al intolerable resultado de que el médico también podría a su arbitrio sacrificar la vida de la madre en favor de la del hijo, puesto que en caso de colisión de dos deberes de salvación del mismo rango se produce ya la justificación en cuanto se cumple sólo uno de los dos deberes. Y si para eludir ese resultado se quisiera tratar el deber de salvar a la madre como deber de superior rango, entonces ya se habría efectuado la ponderación supuestamente inadmisible (cfr. para más detalles sobre la colisión de deberes *infra* nm. 100 ss.).

72 La legítima defensa preventiva, o sea la evitación preventiva de una agresión que aún no es actual, es también un caso especial de estado de necesidad defensivo, ya que el peligro parte de la víctima de la ingerencia. El precepto regulador de la legítima defensa no es aplicable aquí, ni directamente ni por analogía (cfr. para más detalles § 15, nm. 26). Pero el rechazo de la legítima defensa no cierra de antemano la posibilidad de recurrir al estado de necesidad justificante (cfr. § 14, nm. 50); pues en los casos en que, si la agresión llegara a la fase de agresión actual, ya no se le podría hacer frente o sólo sería posible con un alto riesgo de desenlace mortal para el agresor, no sería razonable prohibir totalmente una medida preventiva anterior y más considerada. Lenckner [112] ha propuesto el siguiente caso: "el dueño de un bar situado en un lugar apartado oye cómo unos clientes se conciertan para atracarle tras el cierre del establecimiento, y entonces les pone un narcótico en la cerveza, porque no sería capaz de hacer frente a su agresión". En tal caso, ponderando todas las circunstancias, habrá que justificar por el § 34 las lesiones que supone el hecho de narcotizarlos, pues aunque aquí no hay aún una agresión actual, sí que hay un peligro actual (nm. 17), y el interés del dueño del bar en impedir el robo es sustancialmente preponderante frente al interés de los clientes en estar intactos antes de la fase de tentativa.

73 Por otra parte, dado que en principio es asunto de la policía la defensa preventiva frente a peligros, en atención a la paz pública habrá que proceder de modo sumamente cauteloso a la hora de traspasarla de modo subsidiario a los particulares [112a]. La exigencia de pedir ayuda y de esquivar la agresión, si es posible antes de recurrir a medidas preventivas, se deriva ya del dato de que el § 34 sólo puede entrar en juego ante un peligro no evitable de otro modo; y esa circunstancia convierte ya en excepcional la justificación de la legítima defensa preventiva. Pero por lo demás, para no prevenir lo malo con lo peor, tampoco se podrán permitir nunca los homicidios y las lesiones graves en la legítima defensa preventiva, y habrá que exigir que incluso las ingerencias menores se mantengan dentro de los límites de la proporcionalidad. Por tanto,

---

[112] Sch/Sch/Lenckner[24], § 32, nm. 17; similar ya Lenckner, 1965, 102.
[112a] Así tb. ahora el BGH (E 38, 133, con Com. aprob. de Roxin, NStZ 1993, 335).

no se puede trasladar sin más el criterio del § 228 BGB a la legítima defensa preventiva, lo que tendría como consecuencia que el daño causado podría ser considerablemente mayor que el evitado, sino que dentro del marco de la proporcionalidad hay que tener en cuenta todos los puntos de vista relevantes para la ponderación. Entre ellos se cuenta sobre todo la proximidad del peligro. Así estará justificado por el § 34 que, mediante una utilización de la propia fuerza en principio prohibida, se le quite y esconda el revólver y el cuchillo al sujeto que amenaza seriamente con realizar hechos violentos; pero en esa temprana fase no se podrá arrestar de modo privado al potencial agresor. Pero en cambio, si el sujeto que quiere actuar violentamente echa mano al cuchillo y el revólver para dar comienzo sin dilación al hecho, se le podrá encerrar en el sótano hasta que llegue la policía. Y también habrá que tener en cuenta la eventual provocación culpable de la agresión amenazante —p.ej. haberla provocado con la propia conducta incorrecta— por parte del sujeto que obra en estado de necesidad.

Sólo recurriendo a dicha ponderación global se pueden resolver también los 74
casos de los que se ha ocupado la jurispr. reciente. En el caso del atemorizador (BGH NJW 1979, 2053; cfr. nm. 18, y § 15, nm. 26) el sujeto le había disparado "a la nalga y al costado izquierdos" a un "voyeur", que había penetrado repetidamente por las noches en la vivienda y en el dormitorio del matrimonio, para hacerle desistir de futuras visitas nocturnas de una vez por todas. El BGH dejó planteada la cuestión de si esa conducta podía estar justificada por el § 34, aunque reconociendo que había "algún dato" a favor de esa solución [113]. Y en efecto hay que afirmar la existencia de justificación. Pero ésta no se puede basar en la sola idea del estado de necesidad defensivo [114], porque la verdad es que efectuar dos disparos en sí mismos peligrosos en prevención de molestias nocturnas —aunque fueran considerables— es ya algo desproporcionado; si p.ej. los disparos se hubieran efectuado al encontrarse casualmente al día siguiente en la calle con el "voyeur", seguro que nadie los consideraría justificados. Pero aquí hay dos circunstancias más que pesan a favor del sujeto que obró en estado de necesidad: la concurrencia de una situación que (aunque no justifica por sí sola el uso de un arma de fuego) permitiría la detención conforme al § 127 StPO, y la amenaza latente que seguía partiendo del intruso mientras se encontraba en los dominios del matrimonio. Sólo el conjunto de esas circunstancias permite considerar sustancialmente preponderantes los intereses del que disparó. En cambio, no es viable el camino tomado por el BGH de exculpar al tirador conforme al § 35: pues el peligro para la "libertad" exigido por el § 35 requiere la amenaza de una privación de la libertad corporal, que

[113] Llegan a un resultado favorable a la justificación Hirsch, JR 1980, 115; Schroeder, JuS 1980, 336; Hruschka, NJW 1980, 21.
[114] Así sin embargo Hruschka, NJW 1980, 22; Jakobs, AT^2, 12/27.

aquí no se daba; y a esos efectos no basta con un peligro para la libertad "psíquica" (cfr. para más detalles § 22, nm. 28).

75 Asimismo, el encierro temporal de la madre perturbada mental (BGHSt 13, 197) tampoco se puede justificar únicamente con la idea del estado de necesidad defensivo (impedir los daños patrimoniales esperables), sino que el hecho de eludir el procedimiento legal de incapacitación sólo estaba amparado por el § 34 porque sobre todo redundaba en provecho de la propia madre enferma (cfr. nm. 47). Por el contrario, en el caso, que se ha producido en varias ocasiones (la última en BGH NStZ 1984, 20), de que se mate mientras duerme al padre que maltrata constante y brutalmente a su familia, hay que excluir absolutamente la justificación por el § 34 —incluso aunque sea imposible avisar a las autoridades o se haga sin resultado—; pues un derecho a matar sólo puede existir dentro del marco de la legítima defensa, y en el estado de necesidad defensivo puede haberlo a lo sumo en caso de un peligro similar a la agresión, agudo e inminente para la vida o la integridad (cfr. nm. 68 s.). Por consiguiente, el hecho de matar al tirano familiar sólo puede a lo sumo exculparse conforme al § 35, como ya ha admitido a veces la jurispr. (cfr. para más detalles § 22, nm. 16 ss.).

2. La preponderancia sustancial del interés protegido

76 Llama la atención que el legislador requiera una preponderancia "sustancial (o esencial)" de los intereses protegidos, es decir que no considere suficiente una preponderancia más escasa. En la fundamentación del P 1962 se afirma [115]: "La comparación de valores en la ponderación de bienes..., para que esté justificada la actuación en estado de necesidad, ha de poner de manifiesto un considerable mayor peso a favor del interés protegido. Si se enfrentan intereses que son equivalentes o que no son sustancialmente distintos en cuanto a su valor, la acción en estado de necesidad no tendrá efecto justificante". Esto suena como si se exigiera una preponderancia elevada en grado en los intereses protegidos. Sin embargo, tal solución no es practicable [116]: pues si de la ponderación de todas las circunstancias resulta que los intereses defendidos son más merecedores de protección que los dañados [116a], ha de producirse la justificación aunque el merecimiento de protección no sea mayor en una medida elevada; de lo contrario, los intereses defendidos no serían defendidos por el Derecho y con ello no es ya sólo que no fueran sustancialmente más merecedores de protección, sino que sencillamente no serían más mere-

[115] BT-Drucks. IV/650, 159.

[116] Cfr. Lenckner, 1965, 150; Sch/Sch/Lenckner[24], § 34, nm. 45. Detalladamente Küper, GA 1983, 289 ss. A favor de la justificación incluso en caso de equivalencia de los intereses en conflicto Delonge, 1988, 167 ss.

[116a] Trata diversas constelaciones a efectos de ponderación cuando haya más de una víctima de la ingerencia, Joerden, GA 1993, 245 ss.

cedores de protección. La hipótesis de que hay que exigir una elevada diferencia de valor se basa en la mezcla de la teoría de la ponderación de intereses con la de la ponderación de bienes, que también resuena aún en la fundamentación del Proyecto. En efecto, en la medida en que sólo se trate de comparar bienes jurídicos, los bienes jurídicos defendidos han de ser, como también lo pone de relieve el § 904 BGB, mucho más valiosos que los dañados, lo que se deriva ya del principio de autonomía (cfr. nm. 41 ss.). Pero la conservación del bien jurídico sustancialmente más valioso sólo fundamenta una simple preponderancia de intereses, y no una elevada (en su grado) preponderancia de intereses frente al titular del bien objeto de la ingerencia.

Por eso hay que entender la cláusula de la sustancialidad (o esencialidad), 77
no en el sentido de una preponderancia cualificada o elevada en grado [117], sino en el sentido de que la preponderancia de intereses ha de ser indudable e inequívoca [118] para que se produzca la justificación. Y también se pueden interpretar en este sentido las deliberaciones de la Comisión especial, que fue la que le dio al § 34 su redacción definitiva [119]. Ahora bien, con ello no se convierte en superfluo el elemento de la sustancialidad, sino que el mismo sirve a la seguridad jurídica, al garantizar que si el resultado de la ponderación no está claro, no se puede producir la justificación. Así p.ej., ya el RG rechazó con razón el estado de necesidad supralegal en un caso en el que un funcionario de correos había abierto un envío postal infringiendo el § 354, para poder defenderse de una denuncia falsa dirigida contra él, que contenía el envío (JW 1928, 662); pues, dado que el § 354 protege, no sólo al remitente y al destinatario, sino también a la comunidad "contra el abuso de las facultades del cargo confiadas al funcionario de correos que vulnere el secreto postal", el resultado de la ponderación como mínimo no es inequívoco. Lo propio sucede en un caso resuelto por el BGH (MDR [D] 1975, 723), en el que, pese a que los humos de una fábrica provocaban en la población molestias tales como lacrimación, dolor de cabeza y malestar general, el dueño de la fábrica no había suspendido su funcionamiento para poder mantener los 500 puestos de trabajo. El BGH, aun reconociendo que el aseguramiento de los puestos de trabajo es un bien jurídico en el sentido del § 34, negó correctamente la justificación; pues no se puede afirmar de modo indudable que el interés en el mantenimiento de los puestos de trabajo tenga más peso que el interés de la población en su bienestar físico.

En cambio, no se le puede dar la razón a Stratenwerth [120] cuando sostiene que la falta 78
de claridad en la decisión de la ponderación debe resolverse a favor del autor: "Sólo cuando

[117] Así, sin embargo, la opinión predominante; cfr. LK[10]-Hirsch, § 34, nm. 76, con ulteriores referencias.

[118] En este sentido sobre todo Sch/Sch/Lenckner[24], § 34, nm. 45; Küper, GA 1983, 296 s.

[119] BT-Drucks. V/4095, 15; cfr. al respecto Küper, GA 1983, 292 s.

[120] Stratenwerth, AT[2], 1976, nm. 457; con menos intensidad en AT[3], nm. 464.

conste claramente que el interés salvaguardado no tiene un peso suficientemente mayor, se podrá considerar antijurídica la conducta". A ello se opone no sólo la interpretación aquí propugnada de la cláusula de la sustancialidad como un requisito que debe garantizar la falta de dudas respecto de la preponderancia de intereses, sino que también sería inadecuado que la "inseguridad de los criterios jurídicos" repercutiera en perjuicio de la víctima de la ingerencia [121].

IV. La cláusula de la adecuación

79 Según el § 34, inc. 2.°, la justificación de la acción en estado de necesidad fundamentada por la preponderancia sustancial de los intereses protegidos se dará "sólo en la medida en que el hecho sea un medio adecuado para hacer frente al peligro". No es fácil darle sentido a esta cláusula. Históricamente se basa en la contraposición entre la teoría de la ponderación de bienes y la teoría del fin. Originariamente, como se puede comprobar aún en la fundamentación del P 1962 (cfr. la cita en nm. 7), el legislador tenía presente la idea de complementar la ponderación de bienes del inciso 1.° con la teoría del fin recogida en el inciso 2.°, que debía permitir la vigencia de todos los puntos de vista no acogidos en la ponderación de bienes. Pero luego, esa combinación, que en sí misma tenía sentido, de las teorías de la ponderación de bienes y del fin, en el transcurso de los trabajos legislativos (cfr. nm. 7) fue anticipada ya en el inciso 1.°, en cuanto que en el mismo ya no se requería sólo una ponderación de bienes, sino una más amplia ponderación de intereses, dentro de la cual la comparación entre los bienes jurídicos sólo debía representar un punto de vista entre otros. Pues bien, dada esa "perspectiva concreta" [122] que ahora domina ya el inciso 1.° y que incluye en la ponderación todas las circunstancias del caso particular, es difícilmente concebible cómo no va a ser adecuada una acción en estado de necesidad si la ponderación ha dado como resultado que los intereses protegidos son sustancialmente preponderantes sobre los dañados. Y efectivamente una parte considerable de la doctrina considera superflua y vacía la cláusula de la adecuación [123] o le atribuye sólo la función de una "cláusula de control", que debe advertir al aplicador del Derecho para que efectúe de modo especialmente cuidadoso la ponderación de los intereses [124].

80 En cambio, la op. dom., adhiriéndose a la fundamentación del P 1962, atribuye un significado autónomo a la cláusula de la adecuación como un "segundo escalón valorativo". Según el P 1962 el § 34, inc. 2.°, debe garantizar "que la conducta del sujeto que obra en estado de necesidad, según las reco-

---

[121] Sch/Sch/Lenckner[24], § 34, nm. 45.

[122] BT-Drucks. IV/650, 159.

[123] Schröder, Eb. Schmidt-FS, 1961, 293; Baumann/Weber, AT[9], § 22 II 1 b; Lenckner, 1965, 146 ss.; Sch/Sch/Lenckner[24], § 34, nm. 46; Küper, JZ 1980, 755; PA, [2]1969, sobre el § 15, p. 53.

[124] LK[10]-Hirsch, § 34, nm. 79; Stree, [2]1975, 43 s.; Eser/Burkhardt, StrafR I[4], caso 12, nm. 39-46; Krey, ZRP 1975, 98.

nocidas concepciones valorativas de la comunidad, también resulte una solución de la situación de conflicto adecuada y acorde con el Derecho" [125]. Ello no sucedería p.ej. si existen deberes de soportar el peligro (cfr. nm. 55 ss.) o en una extracción forzosa de sangre para salvar una vida humana (cfr. nm. 42 s.). Según esta interpretación, la primera valoración conforme al § 34, inc. 1.°, debe abarcar "el diferente rango de los intereses", y la segunda conforme al § 34, inc. 2.°, "el sentido ético-social de la actuación en estado de necesidad en el conjunto del ordenamiento jurídico" [126]. Pero esta distinción no es practicable, puesto que ya en el marco del § 34, inc. 1.°, los intereses en conflicto sólo se pueden ponderar conforme a las reconocidas concepciones valorativas del conjunto del ordenamiento jurídico. Dado que el militar o el bombero tienen un deber de arrostrar el peligro, según los criterios del ordenamiento jurídico su interés en evitar peligros no puede preponderar frente al cumplimiento de su deber; y no cabe decir p.ej. que su infracción del deber se basa en un interés sustancialmente preponderante, pero que la pretensión de conseguirlo es simplemente inadecuada. Y si la extracción forzosa de sangre para salvar una vida humana vulnera la dignidad humana, como afirma —aunque sin razón— la doc. dom., tampoco se podrá considerar sustancialmente preponderante el interés en la extracción de sangre; pues obviamente sólo se puede ponderar los intereses en conflicto desde el respeto a la dignidad humana.

Algunos autores sostienen que la cláusula de la adecuación sólo debe aplicarse en caso de que las regulaciones legales prefiguren ya una determinada solución del conflicto (cfr. nm. 45 ss.). "La misma excluye la justificación en los casos en que ya se dispone de un procedimiento ordenado jurídicamente para afrontar los peligros para bienes jurídicos" [127], dice Samson. Y Jakobs [128] afirma: "Para la justificación no basta un saldo positivo de intereses si la solución del conflicto... está canalizada, o incluso está totalmente excluida, por un determinado procedimiento. En tal caso cualquier (otra) solución del conflicto es un medio inadecuado (§ 34, inc. 2.°). La cláusula de la adecuación sirve para garantizar el Estado de Derecho en sentido formal frente a la libre optimización de la utilidad mediante la ponderación de intereses". Pero esto se basa en el malentendido de considerar que según el § 34, inc. 1.°, la "ponderación de los intereses en conflicto" se realiza por la vía "de la libre optimización de la utilidad", cuando en realidad debe realizarse conforme a los criterios valorativos del ordenamiento jurídico que también rigen en los demás casos. Pero entonces es imposible admitir una preponderancia de intereses favorable al sujeto que obra en estado de necesidad cuando haya otras regulaciones legales que resuel- **81**

[125] BT-Drucks. IV/650, 159 s.
[126] Jescheck, AT[4], § 33 IV 3 d.
[127] SK[6]-Samson, § 34, nm. 52.
[128] Jakobs, AT[2], 13/36.

van el conflicto en su contra. Joerden [128a] opina que "el § 34, inc. 1.º... plantea la ponderación de los concretos intereses en juego", mientras que en el § 34, inc. 2.º, se pregunta "si la justificación de la ingerencia realizada en estado de necesidad sigue siendo aceptable incluso a la vista de una hipotética práctica general de la correspondiente conducta". Sin embargo, también la ponderación de intereses en el § 34, inc. 1.º, debe efectuarse conforme a un criterio objetivo que tenga en cuenta las repercusiones de la justificación sobre la conducta de los ciudadanos y sobre el conjunto del ordenamiento jurídico.

82 Aparte de los casos mencionados en los nm. 80 y 81, en la doctrina se citan también como ejemplos en que ha de intervenir la cláusula de la adecuación los siguientes [129]: la actuación en estado de necesidad a favor del Estado o para conservar bienes jurídicos de la comunidad (cfr. al respecto nm. 10), la provocación culpable de la situación de estado de necesidad (cfr. nm. 50 ss.), la omisión del intento de obtener el consentimiento del afectado (cfr. al respecto nm. 20), la renuncia del titular del bien jurídico a la pretensión de conservación (cfr. nm. 61) y otros "casos límite". Pero en ninguna parte se explica por qué no se iba a poder tener ya en cuenta esas constelaciones en la ponderación de intereses. Si se las remite al inciso 2.º del § 34, se está recortando arbitrariamente la ponderación de intereses del § 34, inc. 1.º, en puntos de vista esenciales y entonces en el examen de la adecuación hay que volver a efectuar la ponderación amplia que se le había sustraído al inciso anterior; cosa que no tiene ningún sentido.

83 No obstante, la cláusula de la adecuación tiene una función que excede de la mera llamada de atención para realizar una cuidadosa ponderación de intereses y que desde el principio también tuvo su importancia en las deliberaciones del legislador: la de indicar que la salvaguarda de la dignidad humana no es susceptible de una ponderación relativizadora. Gallas ha sostenido siempre la opinión —causando una visible huella en las deliberaciones legislativas—, respecto del "derecho de autodeterminación y... la dignidad personal" de la víctima de la ingerencia, de que el "límite del gravamen" que puede recaer sobre la víctima "no es una cuestión de interés, sino de justicia. Los valores fundamentales, por los que se orienta la comunidad jurídica, pierden su sentido como límites de la satisfacción de intereses y como criterios para la solución de los conflictos de intereses si a su vez se los declara y considera intereses" [130]. Bien es verdad que en esa forma tal opinión no es convincente: a estos efectos puede dejarse sin resolver la cuestión de si debe definir o no

---

[128a] Joerden, GA 1991, 411.

[129] Cfr. Maurach/Zipf, AT/1[8], 27/38 ss.; Jescheck, AT[4], § 33 IV 3 d; Grebing, GA 1979, 93; Hyung Kook Lee, 1978. Todos estos autores defienden la cláusula de la adecuación.

[130] Gallas, ZStW 80 (1968), 26 s. De modo similar se había pronunciado Gallas ya en las deliberaciones de la Gran Comisión de reforma del Derecho penal (cfr. NiedStrKomm. 2, 1958, 151; NiedStrKomm. 12, 1959, 164, 270).

la "dignidad humana" y la "justicia" como "intereses" [131]; pues en cualquier caso hay que tenerlos en cuenta ya en el § 34, inc. 1.°, como criterios para la ponderación de los intereses. Pero lo que es correcto es que la dignidad humana de la víctima de la ingerencia —a diferencia de todos los demás *topoi* relevantes dentro del § 34, inc. 1.°— no puede ser ponderada frente a otros puntos de vista favorables al bien objeto de conservación, sino que constituye un criterio absoluto, en el que encuentra su límite cualquier ponderación.

Para ilustrarlo con un ejemplo: si unos terroristas secuestran a rehenes y amenazan con matarlos para forzar de ese modo la liberación de otros camaradas suyos que están en prisión, se puede plantear la cuestión de si estará justificado por el § 34 torturar a los terroristas presos en caso de que ello sirva para averiguar el lugar donde están retenidos los rehenes y poder salvarles la vida. Y si en un supuesto así se empieza a ponderar, efectivamente se podría llegar a afirmar la justificación: pues de un lado está la vida de los rehenes inocentes, y del otro la integridad física y la dignidad humana de los terroristas, que no son inocentes en cuanto a la situación de necesidad y a los que en un frío cálculo de intereses quizás se les podría exigir que sufrieran los dolores de una tortura que serviría para salvar vidas. Pero si no obstante, como debería ser indudable, está excluida la justificación de la tortura, ello se debe a que la dignidad humana no se puede incluir en la ponderación, sino que —sea lo que sea lo que se le enfrente— ha de ser respetada como garantía fundamental inviolable de nuestro ordenamiento jurídico. Lo propio ocurriría si para efectuar un trasplante que salvaría una vida se le quisiera extraer a alguien un riñón u otro órgano operándolo por la fuerza (sobre la donación de sangre obtenida por la fuerza cfr. nm. 43 s.). Pues por mucho que en sí misma la vida que se quiere salvar sea superior a la integridad corporal, dado que una mutilación vulnera la dignidad humana, tampoco se puede salvar de ese modo la vida a costa de un tercero no implicado. **84**

Por consiguiente, el § 34, inc. 2.°, afirma lo siguiente: una vulneración de la dignidad humana nunca es un medio adecuado de preservar intereses. Eso no significa que en tales casos hubiera que afirmar la existencia de un interés sustancialmente preponderante del que obra en estado de necesidad conforme al § 34, inc. 1.°, y que lo único que habría que negar es la adecuación de su actuación conforme al § 34, inc. 2.°, sino que, debido al carácter absoluto de la dignidad humana, una vulneración de la misma nunca puede fundamentar un interés preponderante conforme al § 34, inc. 1.°; pero que eso es así es lo que quiere dejar claro el § 34, inc. 2.° Por tanto, la cláusula de la adecuación no fundamenta un escalón valorativo autónomo, pero en la cuestión de la dignidad humana nos da una indicación vinculante para interpretar el § 34, **85**

[131] Cfr. Lenckner, 1965, 147, según el cual "todos los valores repercuten en los correspondientes intereses y, a la inversa, todos los intereses se rigen por valores".

inc. 1.º, al hacer que ese criterio, a diferencia de todos los demás puntos de vista relevantes para la justificación, quede sustraído a cualquier relativización.

V. Otros problemas del estado de necesidad justificante

1. Los intereses en conflicto corresponden al mismo titular del bien jurídico

86 Por lo general se aplica también el § 34 en el caso de que el bien objeto de conservación y el bien objeto de ingerencia correspondan al mismo titular del bien jurídico [132], o de que incluso un único bien jurídico del mismo titular sea puesto en peligro en diverso grado por conductas distintas. Pero esto sólo es verdad dentro de ciertos límites, pues en el caso normal tales supuestos deben tratarse por las reglas del consentimiento presunto (al respecto § 18, nm. 3 ss.) [133]. Así, si alguien abre una carta ajena para p.ej. poder efectuar disposiciones que resultan necesarias para el destinatario, que está de viaje, o si alguien mata en interés de su dueño a un perro al que un tranvía le ha cercenado las piernas traseras, o si un médico opera a un accidentado que está inconsciente, etc., en tales casos la justificación no dependerá de una ponderación objetiva de los intereses en conflicto, sino de un juicio hipotético de probabilidad sobre cómo decidiría el titular del bien jurídico si se le pudiera consultar.

87 Pero la situación es distinta si el titular del bien jurídico es incapaz de consentir o no puede disponer del bien jurídico individual en peligro. En el caso de manual [134] en que un bombero sólo puede salvar a un niño de una muerte segura entre las llamas, tirándolo por la ventana a una lona de salvamento, corriendo el riesgo de que el niño se lesione en la caída, esa acción de emergencia está justificada por el § 34 (sobre la delimitación de este caso del de la disminución del riesgo no imputable cfr. § 11, nm. 43 s.). Lo mismo sucede si se impide un suicidio contra la voluntad del sujeto salvado; pues como la vida humana no se halla a la libre disposición del individuo, en este caso es aplicable la justificación por el § 34 [135].

2. Facultades de los agentes de la autoridad en estado de necesidad

88 La cuestión de si los representantes de la autoridad pueden invocar el estado de necesidad justificante (o, por el contrario, están limitados a las autoriza-

[132] Bottke, 1982, 87 ss.; Stratenwerth, AT³, nm. 451; Wessels, AT²³, § 8 IV 5; Welzel, StrafR¹¹, § 14 IV.

[133] Atienden únicamente al consentimiento presunto SK⁶-Samson, § 34, nm. 13 (crít. al respecto Bottke, 1982, 87 ss.); Jakobs, AT², 13/34.

[134] Planteado por primera vez seguramente por Welzel, StrafR¹¹, § 14 IV.

[135] Para más detalles Bottke, 1982, *passim*. Por el contrario, un tratamiento psiquiátrico forzoso no se puede amparar en el § 34 (B. Wagner, R & P 1990, 166).

ciones específicas para su intervención) es tan polémica como la posibilidad de su justificación por legítima defensa. Pues bien, por las mismas razones expuestas entonces hay que afirmar en principio que cabe tal posibilidad, sobre cuya fundamentación se puede remitir en amplia medida a la exposición anterior [136]. También ha invocado el § 34 el BGH en su sentencia sobre la incomunicación [de un preso preventivo] (BGHSt 27, 260). La posición contraria [137] teme que el recurso al § 34 dé lugar a abusos del ejecutivo, y además opina que la cláusula general del precepto del estado de necesidad es demasiado imprecisa como norma de autorización de intervenciones de la autoridad. Estos reparos son muy serios. No obstante, el peligro de abuso es controlable, ya que cualquier actuación del ejecutivo está sometida a estrictos controles judiciales y la posibilidad de justificación por el § 34 no se plantea nunca en situaciones estándar, sino sólo en supuestos raros y extremos (cfr. nm. 89). Y si el § 34 es capaz de ajustarse a las superiores exigencias de precisión y certeza del Derecho penal, en buena lógica no puede ser demasiado impreciso para el resto del Derecho público, máxime cuando se aceptan de modo general las cláusulas generales policiales mucho más imprecisas que dominan en el ámbito preventivo. También hay que tener en cuenta que por su singularidad las situaciones de estado de necesidad sencillamente no se pueden describir de modo más concreto, pero que no por ello tiene sentido negarle totalmente al ejecutivo la facultad de superarlas de modo adecuado.

Sin embargo, la contraposición de las opiniones se ve relativizada por el 89
hecho de que la justificación de la actuación de la autoridad por el precepto sobre estado de necesidad del § 34 sólo se plantea en casos excepcionales (cfr. ya nm. 10 y 44 ss.). En efecto, cuando, como ocurre en los supuestos de detención, decomiso, registros, escuchas telefónicas y en muchos otros, está regulado por preceptos especiales el conflicto entre el interés público en la intervención y el interés privado en la protección, no se puede eludir y burlar esa ponderación auténtica mediante una ponderación judicial distinta a través del § 34. Por consiguiente, sólo se puede considerar el recurso al § 34 en los casos en que el legislador no haya previsto un conflicto de intereses por lo inusual del mismo (lo que, dada la multiplicidad de los acontecimientos de la vida, sucede reiteradamente), en los casos en que una constelación del estado de necesidad escape a una regulación legal generalizadora (como p.ej. en el chantaje de los captores de rehenes para que se libere a presos [138], cfr. nm. 60),

[136] § 15, nm. 89-96, donde se pueden encontrar también referencias a la numerosa bibliografía existente. Amplias indicaciones bibliogr. en especial sobre el § 34 en Huber, 1982; LK[10]-Hirsch, § 34, nm. 6.

[137] La expone sintéticamente de modo especialmente impresionante Hirsch, LK[10], § 34, nm. 7 ss.

[138] "Porque entonces los terroristas podrían calcular de antemano la reacción del Estado" (BVerfGE 46, 160 ss.). Por lo demás, frecuentemente la liberación de terroristas para salvar las vidas de rehenes también es justificada conforme al § 34 por quienes en otros casos le niegan al ejecutivo toda posibilidad de ampararse en ese precepto; lo que se fundamenta aduciendo que el § 34 puede

o en los que el legislador quiere esperar algún tiempo aún para realizar una codificación que concrete el § 34 debido a lo novedoso y aún no aclarado de ese terreno problemático [139]. Por eso las grabaciones magnetofónicas clandestinas realizadas por la policía sólo pueden estar justificadas por los §§ 100 a y b StPO, pero normalmente no por el § 34. "En el ámbito regulado por los §§ 100 a y s. StPO, sólo podrá plantearse la aplicación de la legítima defensa o el estado de necesidad justificante para las autoridades encargadas de la persecución criminal a lo sumo en casos absolutamente extraordinarios" (BGHSt 31, 304, 307). "De lo contrario se vería desplazada la regulación bien ponderada de las facultades de intervención reguladas por el Derecho procesal" (BGHSt 34, 39, 51 s.).

3. El elemento subjetivo de justificación

90 Como elemento subjetivo de justificación sólo es necesario el conocimiento de la situación justificante y la conciencia de salvaguardar el interés preponderante, pero no una adicional motivación por el fin salvador. Sobre los fundamentos de esta posición y sobre el hecho de que no obsta a la misma el tenor literal de la ley ("para hacer frente al peligro...") cfr. en detalles § 14, nm. 91 ss. Por tanto, quien salva a otro de un modo objetivamente amparado por el § 34, actúa justificadamente incluso aunque no lo haga precisamente por la salvación, sino por ansia de celebridad o para conseguir una recompensa [140]. Pero si el "salvador" ni siquiera ha sido consciente de la situación de estado de necesidad objetivamente existente y eliminada por él, será responsable en su caso de una tentativa; en cambio, incluso en tal caso queda excluida la responsabilidad penal por delito consumado debido a la falta de desvalor del resultado (cfr. § 14, nm. 101 s.).

91 Tampoco se puede admitir que haya puntos de vista específicos del estado de necesidad que pudieran justificar una solución distinta. Bien es cierto que Gallas [141] sostiene que el ordenamiento jurídico, con la regulación del estado de necesidad, sólo quiere "permitir acciones realizadas para salvar el bien jurídico más valioso y ofrecer así una salida a las situaciones de conflicto, pero no premiar la conservación como tal del bien más valioso" [142]. Y aunque admite que "ya la conservación del interés superior como tal" suprime del

operar cuando se ven afectados, no bienes individuales, sino bienes jurídicos de la comunidad; cfr. LK[10]-Hirsch, § 34, nm. 20; Küper, 1986, 77 ss.

[139] Cfr. para más detalles Roxin, JuS 1976, 509 s.; aprob. BGHSt 34, 52; Sch/Sch/Lenckner[24], § 34, nm. 7; de modo más restringido Grebing, GA 1979, 95 ss.

[140] De otra opinión BGH MDR 1979, 1039.

[141] Gallas, Bockelmann-FS, 1979, 17 s.

[142] Pero curiosamente no exige también una motivación salvadora, sino sólo una actuación con conciencia de los presupuestos del estado de necesidad, a pesar de que, si la motivación es de otro género, precisamente falta una solución del conflicto reconocible éticamente. Lo único que pretende es calificar como delito consumado la actuación desconociendo la situación de estado de necesidad.

hecho *"per saldo* el carácter de actuación socialmente dañosa", no obstante considera que el Derecho permite "tal perspectiva del saldo únicamente si se da una acción salvadora consciente". Pero esto no es convincente, pues si falta un resultado socialmente dañoso, objetivamente no puede haber un injusto, sino a lo sumo un desvalor de la acción que fundamentará una tentativa [143].

B. El estado de necesidad agresivo del Derecho civil, § 904 BGB

El § 904 BGB regula el supuesto de que en una situación de estado de necesidad el sujeto actúe sobre una cosa ajena. El propietario tendrá que soportarlo "cuando la intervención sea necesaria para repeler un peligro actual y el daño que amenace sea desproporcionadamente mayor que el daño que se le origine al propietario con la intervención"; y en ello radica la concreción del § 34 (cfr. § 14, nm. 38). Es cierto que, si no existiera el § 904 BGB, esta constelación también se podría resolver sin más por medio del § 34; pero el § 904 BGB contiene la aclaración de que sólo se podrá admitir una "sustancial preponderancia" de los intereses perseguidos por el sujeto que obra en estado de necesidad cuando el daño evitado sea "desproporcionadamente mayor" que el causado. Por eso es incorrecta la tesis [144] de que, si el daño que amenaza es "notablemente mayor", aunque no "desproporcionadamente mayor", se cumplirán ciertamente los requisitos del § 34, pero no los del § 904 BGB, por lo que sólo se podrá evitar que se eluda el § 904 BGB prohibiendo que se recurra al precepto general sobre estado de necesidad. Dicha concepción supone desconocer que, debido al principio de autonomía, que tiende a inclinar la balanza a favor del bien objeto de ingerencia (cfr. nm. 41 ss.), sólo un daño amenazante desproporcionadamente mayor puede dar lugar a una preponderancia indudable del interés en la ingerencia. La idea de que las respectivas ponderaciones efectuadas conforme al § 904 BGB y al § 34 dan lugar a resultados diferentes, se basa en la confusión, que tantas veces se ha criticado ya, entre ponderación de bienes jurídicos y de intereses en el § 34 (cfr. nm. 76, 79); sólo si el § 34 se limitara a la ponderación de bienes jurídicos podría estar en contradicción su criterio con el de la ponderación de bienes jurídicos o de daños del § 904 BGB. 92

El caso paradigmático del § 904 BGB consiste en que para salvar a un accidentado se utiliza un vehículo ajeno (§ 248 b), o se rompe la luna del escaparate de una farmacia cerrada (§ 303), o se interfiere de otro modo en una cosa ajena. Si hay graves peligros para la salud, por regla general estarán justificadas las ingerencias en las cosas, porque ha de considerarse "desproporcionadamente mayor" el daño para la salud. En cambio, rige la regla in- 93

[143] Críticamente cfr. tb. Frisch, Lackner-FS, 1987, 121.
[144] Así Warda, Maurach-FS, 1972, 160 ss., invocando opiniones manifestadas en las deliberaciones de la Gran Comisión de reforma del Derecho penal; cfr. tb. Seelmann, 1978, 9 ss.

versa cuando el peligro que se evita amenaza sólo a una cosa; en este caso sólo en raras ocasiones ocurrirá que el daño evitado sea tan superior que se pueda justificar la ingerencia en la propiedad del sujeto no implicado.

94 Es polémica la cuestión de si el § 904 BGB también puede justificar un allanamiento de morada (§ 123), p.ej. en caso de que en una situación de emergencia alguien penetre en una casa ajena para poder avisar por teléfono a un médico [145]. Todo depende de si el § 904 BGB también ampara las ingerencias sobre la propiedad (aquí: la casa) cuando de ese modo se perturba un bien jurídico que va más allá de la propiedad (aquí: el derecho de disposición sobre la morada). Y la respuesta ha de ser negativa, ya que en caso de lesión de otros bienes jurídicos entran en juego puntos de vista de ponderación que no están contenidos en una mera comparación entre daños. Sin embargo la cuestión carece de importancia práctica, porque en el supuesto de lesión de otros bienes jurídicos se puede recurrir en todo caso al § 34 y se llegará al mismo resultado.

95 Dado que el § 904 BGB sólo es una concreción de la idea general de la ponderación de intereses, actualmente positivizada en el § 34, los puntos de vista que en éste resultan decisivos para la ponderación también deben tenerse en cuenta en el marco del § 904 BGB [146]. Se produce por tanto una relación recíproca entre el § 904 BGB y el § 34: Por una parte, el § 904 BGB determina con carácter vinculante que sólo se puede afirmar que concurre la preponderancia sustancial de los intereses protegidos requerida en el § 34 cuando el daño que amenace sea "desproporcionadamente mayor" (en vez de p.ej. sólo claramente mayor). Y por otra parte, en el § 904 BGB, aunque su tenor literal sólo atienda a la comparación de los daños, tampoco puede dejar de considerarse para decidir sobre la justificación factores como el grado de los peligros que amenazan (nm. 38 ss.), la provocación de la situación de necesidad por el agente (nm. 50 ss.) o la intervención de parte del injusto (nm. 57 ss.).

C. El estado de necesidad defensivo del Derecho civil, § 228 BGB

96 El estado de necesidad defensivo del Derecho civil, o sea, la defensa frente a cosas, también es una concreción del § 34 [147]; y si se cumplen simultáneamente los presupuestos del § 904 BGB, tendrá prioridad el § 228 BGB (cfr.

---

145 Cfr. Roxin/Schünemann/Haffke, Klausurenlehre, [4]1982, 37, con ulteriores indicaciones bibliogr.

146 Así tb. Jescheck, AT[4], § 33 III 3; SK[5]-Samson, antes del § 32, nm. 51; Schmidhäuser, StuB AT[2], 6/47; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 68. En cambio, Hellmann, 1987, 164, considera desplazado el § 904 BGB por el § 34, porque sostiene que el ámbito de la regulación del estado de necesidad jurídicopenal comprende también el del estado de necesidad agresivo del Derecho civil y tampoco es más estricto en la cláusula de la ponderación.

147 Según Hellmann, 1987, 171, el estado de necesidad defensivo del Derecho civil, por congruencia con el § 34, debe ser desplazado por éste.

§ 14, nm. 46), es decir, que por regla general desaparecerá el deber de indemnización de perjuicios previsto en el § 904 BGB. Ante peligros procedentes de cosas el § 228 BGB permite dañar o destruir la cosa peligrosa si ello "es necesario para hacer frente al peligro y el daño no es desproporcionado frente al peligro". Así pues, la ponderación de los intereses da lugar a un resultado inverso al del § 904 BGB: mientras que en el estado de necesidad agresivo del Derecho civil el daño evitado ha de ser "desproporcionadamente mayor" en comparación con el producido, en el estado de necesidad defensivo del Derecho civil el daño evitado puede ser mucho menor, con tal de que no sea "desproporcionado" frente al daño provocado. Por consiguiente, se puede matar a disparos a un perro agresivo en defensa frente al mismo aunque el perro sea mucho más valioso que los pantalones que pone en peligro el mordisco del perro. Sólo si la relación entre los valores llegara a ser totalmente desproporcionada, p.ej. si se matara a tiros a un perro ajeno para impedir que se lleve un hueso sin valor, será desfavorable al defensor la ponderación de intereses.

Tal ponderación concuerda con los puntos de vista que también son deci- **97**
sivos para el § 34, y que en este caso lo único que se hace es fijarlos con carácter vinculante. Lo que resulta decisivo para la ponderación no es en primera línea el valor de los bienes jurídicos que entran en colisión, sino la circunstancia de que el peligro procede de la esfera de la "cosa ajena" (cfr. nm. 62 ss.) y por tanto tampoco se tiene que soportar aunque la defensa cause daños mayores que los que evita. No obstante, al igual que en el § 904 BGB, en el estado de necesidad defensivo también hay que tener en cuenta además las restantes consideraciones que en el § 34 rigen la ponderación. Así hay que tomar en cuenta el grado del peligro que amenaza: si el riesgo de ser mordido por el perro ajeno únicamente es pequeño, no se podrá matar a tiros inmediatamente al animal "por si acaso". Y tampoco podrá prescindirse por completo de una eventual provocación por parte del atacado. Bien es verdad que del § 228, inc. 2.°, BGB se desprende que la provocación del peligro por el agente no excluye la justificación y sólo origina una obligación de indemnización del daño: y por tanto, quien con ligereza haya irritado al perro de otro, provocando así que éste le ataque, pese a todo puede matarlo de un disparo (aunque a costa de tener que indemnizar) para evitar que le muerda; lo que en principio también concuerda con las reglas que rigen en el § 34 (cfr. nm. 50 ss.). Pero si un sujeto azuza a un perro ajeno a que le ataque sólo para poder matarlo a tiros, su actuación no estará justificada y será castigado por delito de daños (§ 303). Sin embargo, en los casos normales la ponderación prefigurada y grabada en el tenor literal del § 228, que se limita a dos puntos de vista (la causación del peligro y la comparación entre los bienes jurídicos), da lugar a resultados adecuados.

La importancia práctica del precepto es escasa. Así p.ej. tal precepto es **98**
aplicable en el caso de que se le interponga un obstáculo a un coche que se

ha puesto en marcha sin conductor para que choque con el mismo y se lo pueda parar para hacer frente al peligro que origina el vehículo; y como también cabe el estado de necesidad a favor de terceros ("de uno mismo o de otro"), no es decisivo que el sujeto que obra en estado de necesidad esté o no personalmente en peligro. Y también estaría justificado por el § 228 BGB el hecho de talar árboles ajenos con el fin de impedir la propagación de un incendio a la finca propia. Sin embargo, el caso principal es el de defensa frente a ataques de animales, que no encaja en la legítima defensa (cfr. para más detalles § 15, nm. 6), pero sí en el § 228 BGB, porque según el § 90 a, inc. 3.°, BGB los animales deben tratarse como cosas (cfr. § 12, nm. 86). Y como el § 228 BGB se puede extender por analogía a las cosas sin dueño (y por tanto también a los animales salvajes), en esa medida el precepto podría tener un amplio campo de aplicación, si no fuera porque el § 26 BJagdG prevé una regulación especial restrictiva respecto de la defensa frente a daños que puedan causar los animales de caza, regulación que tiene prioridad frente al § 228 BGB (cfr. para más detalles § 14, nm. 45). Asimismo el § 23 BJagdG sustrae la defensa frente a perros y felinos salvajes a la aplicación del precepto del § 228 BGB, encomendándola a las disposiciones del Derecho de cada Land.

99 Por otra parte, no es precisa la aplicación analógica del § 228 BGB al supuesto del estado de necesidad defensivo causado por seres humanos (cfr. para más detalles nm. 62 ss.). En cambio, sí que es materialmente adecuada la aplicación analógica de ese precepto en el caso de amenazas que no proceden de cosas ni de seres humanos, p.ej. a la defensa frente a daños por radiaciones [148].

D. La colisión de deberes justificante [149]

100 Inicialmente la jurispr., con su "teoría de la ponderación de bienes y deberes", trató la colisión de deberes como manifestación del estado de necesidad supralegal (cfr. nm. 4). Pero el nuevo § 34 se limita a la colisión de intereses y ha renunciado expresamente a regular la colisión de deberes (cfr. nm. 8). Sin embargo, tampoco está tan claro dónde residen los "obstáculos insuperables" que, según la fundamentación del Proyecto, se oponen a una regulación legal. La dificultad principal consiste seguramente en que bajo el concepto de colisión de deberes "en la doctrina y jurisprudencia... frecuentemente, más

[148] Sobre ello cfr. O. Lampe, NJW 1968, 88.

[149] De la literatura especializada cabe mencionar sobre todo: End, 1959; Evers, JR 1960, 369 ss.; Gallas, Mezger-FS, 1954, 311 ss. (= Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 59 ss.); Jansen, 1930; Kühn, 1908; Küper, 1979; Lenckner, MedKlin 64 (1969), 100 ss.; Mangakis, ZStW 84 (1972), 447 ss.; Otto, [3]1978; v. Weber, Kießelbach-FS, 1947, 233 ss.; Hruschka, Larenz-FS, 1983, 257; Joerden, 1986; Küper, JuS 1987, 88.

que sintetizar, lo que se hace es mezclar cuestiones muy diversas" [150]. Por eso lo primero que es preciso aclarar es qué es una colisión de deberes y qué no lo es.

Según la opinión actualmente predominante, sólo se puede hablar de coli- **101**
sión de deberes cuando existan dos deberes distintos de acción, de los que sólo se puede cumplir uno de ellos [151]. El caso clásico puede ser el de que un padre ve a sus dos hijos en peligro de ahogarse, pero sólo puede salvar a uno de ellos. Por el contrario, un importante número de autores considera suficiente ya para la colisión de deberes que un deber de actuación entre en conflicto con un deber de omisión [152]. Según esto, p.ej. el caso de los médicos que participaron en la "eutanasia", que se ha tratado más arriba en el marco del § 34 (nm. 31, 35), sería un ejemplo de colisión de deberes, pues en el mismo colide un deber de acción (el deber de salvar al mayor número posible de enfermos mentales) con un deber de omisión (el deber de abstenerse de sacrificar a un número limitado de enfermos mentales). Y también es relativamente frecuente entender el concepto de colisión de deberes en un sentido *muy amplio, que ya no se puede delimitar en absoluto de la colisión de intereses* del § 34, renunciando totalmente a la infracción de un deber jurídico de actuación [153]. Ese es el uso del lenguaje que se hace cuando se enjuicia como colisión de deberes el conocido caso en que un médico vulnera el deber de guardar el secreto para evitar que otra persona sea contagiada por su paciente (nm. 26); en tal caso la vulneración del deber de secreto sólo supone una infracción de un deber de omisión, mientras que la evitación del contagio de otros no está requerida por ningún deber jurídico en absoluto.

Debe apoyarse la op. dom., cuando parte de la base de que lo único que **102**
puede fundamentar una colisión de deberes es la colisión entre dos deberes jurídicos de acción. En efecto, un deber de omisión lo infringe —a reserva de que haya una causa de justificación— todo el que ataca un bien jurídico ajeno; pero esos casos deben tratarse conforme al § 34 y no precisan ninguna regulación especial. Lo mismo ocurre en el supuesto de colisión de un deber de acción con uno de omisión, como es el caso de los médicos implicados en la eutanasia; pues aquí un deber de acción entra en contradicción con el deber de abstenerse de ingerirse en los bienes jurídicos de otros, y esa colisión también debe resolverse sin más conforme al § 34, de tal manera que en caso

---

[150] Blei, AT[18], § 88 I.

[151] Cfr. p.ej. Blei, AT[18], § 88 I 4; LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 71, 76; Jakobs, AT[2], 15/6; Arm. Kaufmann, 1959, 137 s.; Küper, JuS 1971, 475; Lackner[20], § 34, nm. 15; Lenckner, 1965, 5; SK[6]-Samson, § 34, nm. 57; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 71 ss.; Stratenwerth, AT[3], nm. 472; Wessels, AT[23], § 16 III; Baumann/Weber, AT[9], § 22 III 1 b.

[152] Dreher/Tröndle[46], antes del § 32, nm. 11; Gallas, Mezger-FS, 1954, 311 ss. (= Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 59 ss.); Hruschka, Dreher-FS, 1977, 192 s.; Jescheck, AT[4], § 33 V; Mangakis, ZStW 84 (1972), 456 s.

[153] Así p.ej. Otto, [3]1978, 82 ss.; Dreher/Tröndle[46], antes del § 32, nm. 11.

de equivalencia de los bienes jurídicos tiene prioridad el deber de omisión: nadie puede —p.ej. en el supuesto extremo de que se enfrente una vida contra otra vida— matar a una persona de quien no parte ningún peligro, para salvar de ese modo a otra persona (cfr. en detalles nm. 29-37).

103 Por tanto, sólo queda para la colisión de deberes el supuesto de conflicto entre dos (o varios) deberes de acción, de los que sólo se puede cumplir uno. Sólo en este supuesto se produce, incluso en caso de colisión de deberes de acción equivalentes, un problema que no se puede solucionar por medio del § 34. En efecto, la solución materialmente justa, que además coincide con la op. dom., es justificar ya en tal caso al obligado cuando sólo cumple uno de los dos deberes a su libre elección. Esto significa que, si el padre no puede salvar simultáneamente a sus dos hijos de la amenaza de morir ahogados, actuará ya justificado si al menos salva a uno de ellos, o que si un médico es avisado al mismo tiempo para que atienda a dos pacientes gravemente enfermos, puede ampararse en la causa de justificación de la colisión de deberes si sólo socorre a uno, y no siendo posible otra solución, deja sin atención al otro. En tales casos el sacrificio del sujeto no salvado no obsta a la justificación, a pesar de que no se pueda hablar de una preponderancia del interés por la vida del salvado, sino que, en contra de la regla del § 34, sus intereses y los del sujeto sacrificado son totalmente equivalentes.

104 Sin embargo, tal conclusión no es pacífica, pues algunos autores [154] sostienen que en una colisión de deberes de acción equivalentes el sujeto obligado actúa siempre antijurídicamente, tanto si cumple uno u otro deber como si permanece totalmente pasivo. "Dejar la elección al arbitrio del sujeto obligado" acaba desembocando "en el abandono arbitrario de una vida humana por el ordenamiento jurídico" [155]. "Si el padre salva a su hijo A, comete un injusto con B, puesto que podría salvar a B en vez de a A" [156]. "Para el ordenamiento jurídico el cumplimiento de un deber... es tan importante como el cumplimiento del otro, así que no puede aprobarse la vulneración de ninguno de los dos" [157]. Pero esta posición no es correcta [158]: pues, aunque es cierto que el juicio de antijuridicidad no presupone necesariamente que el que actúe antijurídicamente pudiera comportarse jurídicamente —lo que tampoco puede hacer el enfermo mental, que sólo está exculpado (§ 20)—, no obstante, para poder juzgar como antijurídica una conducta, al menos ha de haber existido

[154] Sobre todo, Androulakis, 1963, 127 s.; Gallas, Mezger-FS, 1954, 330 ss. (= Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 74 s.); Jescheck, AT[4], § 33 V 1 c; Dreher/Tröndle[46], antes del § 32, nm. 11; Haft, AT[5], 102. A favor de la solución de los casos mediante la admisión del "espacio fuera del Derecho" (cfr. § 14, nm. 25 ss.) Dingeldey, Jura 1979, 478.

[155] Gallas, Mezger-FS, 1954, 331 (= Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 75).

[156] Androulakis, 1963, 128.

[157] Jescheck, AT[4], § 33 V 2.

[158] Aunque la mayoría de esos autores admite una exculpación supralegal.

la alternativa teórica de una conducta conforme a Derecho. El ordenamiento jurídico sólo puede desaprobar jurídicamente y calificar como incorrecta una conducta, si puede decir qué es correcto y por tanto qué se hubiera "debido hacer". Donde no haya un camino correcto y por tanto no se pueda constatar un fallo en la conducta, sólo se podrá censurar al destino y no al ser humano sujeto al mismo; pero el destinatario de la norma es solamente el ser humano, y no el destino.

A ello se añade que sería injusto el resultado de que el sujeto que hace todo **105**
lo posible para cumplir su deber y que —posiblemente arriesgando su vida— cumple al menos uno de los dos deberes, si se califica esa conducta como antijurídica, sería equiparado al que no haga absolutamente nada y por tanto incumpla ambos deberes. Así, el padre que se cruzara de brazos y dejara ahogarse a sus dos hijos porque sólo podría salvar a uno de ellos, sería tratado exactamente igual que el salvador heroico [159]. Tal solución no es satisfactoria, ya que no es razonable que ante un accidente se pueda renunciar a salvar una vida humana porque no se puede salvar todas las vidas [160]. Ahora bien, si lo adecuado es hacer al menos lo que es posible, entonces el ordenamiento jurídico también ha de justificar tal actuación y no puede coartar los impulsos salvadores con una declaración de antijuridicidad [161].

Ni siquiera se puede exigir que la elección que adopta el sujeto en la situa- **106**
ción de necesidad entre dos deberes de acción equivalentes y que sólo se pueden cumplir alternativamente, se deba a una decisión en conciencia o al menos a motivos moralmente dignos de aprobación [162]. En efecto, si, como sucede en caso de posición de garante respecto de la vida humana, los deberes son totalmente equivalentes porque al Derecho le está necesariamente vedado ponderar una vida frente a otra vida, entonces el Derecho no puede censurar moralmente la conducta del sujeto que obra en estado de necesidad y de ese modo volver a reconocer como preferente un deber o el otro. Por tanto, en nuestro ejemplo el padre actúa ya justificadamente si salva a uno de sus dos hijos a su libre arbitrio; y el hecho de que haya preferido a ese hijo por motivos moralmente elevados o por el contrario cuestionables, es jurídicamente irrelevante.

Por consiguiente, la colisión de deberes en caso de deberes de acción equi- **107**
valentes constituye una causa supralegal de justificación junto al estado de necesidad justificante, que no se puede abarcar por el § 34, porque los intereses

[159] Y efectivamente, Jescheck, AT[4], § 47 I 2, sostiene consecuentemente que la conducta de tal sujeto debe quedar asimismo impune, pues "también ha de verse libre del reproche de culpabilidad quien no quiere asumir la responsabilidad de interferirse personalmente en el curso del destino".

[160] Ya se ha expuesto detenidamente en nm. 31 ss. que el juicio ha de ser distinto si se produce un homicidio activo en el marco de una comunidad de peligro.

[161] Cfr. Küper, 1979, 24.

[162] Cfr. sobre este problema Mangakis, ZStW 84 (1972), 466 s., y Küper, 1979, 27 ss.

que hay tras los deberes son igualmente dignos de protección, mientras que el § 34 requiere la preponderancia sustancial de uno de los intereses. En cambio, la colisión de deberes puede tratarse apoyándose en el § 34 cuando los deberes en conflicto sean de distinto rango, en cuyo caso sólo se producirá la justificación si se cumple el deber superior a costa del inferior.

108 A esos efectos hay que tener en cuenta en primer lugar el valor de los bienes jurídicos. Así, si en un incendio el vigilante del museo sólo puede salvar, o bien una valiosa pintura o bien a un niño pequeño, sólo actuará justificadamente (respecto de los daños en comisión por omisión) si salva al niño [163]. También son importantes la gravedad del daño y el grado del peligro que amenace: p.ej. hay que salvar a un herido grave frente a un herido leve. Por otra parte, es polémica la cuestión de si hay que tener en cuenta la provocación de la situación de necesidad. Un sector opina que ello es irrelevante, por lo que p.ej. el médico podría a su arbitrio prestar asistencia al sujeto que ha provocado por sí solo el accidente en vez de a su víctima [164]. Sin embargo, no se ve por qué el relativo peso que en el § 34 se le atribuye al punto de vista de la provocación (cfr. nm. 50 ss.) no iba a inclinar la balanza también en este caso [165]. Bien es verdad que se deberá socorrer al sujeto que haya provocado por sí solo el accidente, en vez de a su víctima, si a diferencia de ésta aquél se halla en peligro de muerte; pero si ambos se encuentran en el mismo peligro, parece que lo adecuado es, *ceteris paribus,* exigir de modo prioritario que se salve a la víctima inocente. También es polémica la cuestión de si el deber de garante conforme al § 13 tiene prioridad frente al deber general de socorro conforme al § 323 c [166]. En principio hay que resolver en sentido afirmativo, entre otras cosas porque el propio tenor literal del § 323 c ya indica que no se exige la "vulneración de otros deberes importantes". Por consiguiente, si un padre se encuentra con que han sufrido un accidente su hijo y un niño ajeno y sólo puede salvar a uno de los niños, tiene que socorrer a su hijo. Pero naturalmente, en estos casos de colisión de un deber de garante y un deber general de socorro también hay que tener en cuenta los restantes puntos de vista de la ponderación. Así, si lo que está en juego es la salvación de la vida de un desconocido que ha sido víctima de un accidente, no estará justificada la actuación del padre que en vez de eso vende la herida leve de su hijo. Y asimismo el deber general de socorro del § 323 c, al menos en los casos más serios, tendrá prioridad frente a una posición de garante referida a la preservación de bienes patrimoniales [167].

---

[163] Ejemplo de Schmidhäuser, StuB AT^2, 12/69.
[164] Baumann/Weber, AT^9, § 22 II 1 b; Sch/Sch/Lenckner^{24}, antes del § 32, nm. 74.
[165] Así tb. Blei, AT^{18}, § 88 I 4 a.
[166] A favor de esa solución, p.ej. Sch/Sch/Lenckner^{24}, § 34, nm. 75; Stratenwerth, AT^3, nm. 470. En contra Blei, AT^{18}, § 88 I 4 a; Schmidhäuser, StuB AT^2, 12/64.
[167] De modo muy similar tb. LK^{10}-Hirsch, antes del § 32, nm. 80.

Por el contrario, incluso dentro del marco de la colisión de deberes, cuando se trate de colisión de deberes de salvar vidas, tampoco pueden derivarse tendencias prioritarias de la cantidad o calidad de las vidas en conflicto. Por tanto, si alguien sólo puede salvar o a un hombre bueno o a uno malo, a uno inteligente o a uno tonto, a uno joven o a uno viejo, su actuación estará ya justificada si socorre al malo, al tonto o al viejo. Y si en un naufragio un sujeto, nadando en una dirección, puede evitar que se ahogue una persona, o si se dirige hacia el otro lado, puede salvar a dos personas, también estará justificada su actuación si sólo salva la vida a la persona que estaba sola. Ello se deriva de la imponderabilidad de la vida humana (nm. 29 ss.), que hay que mantener con firmeza exactamente igual en la colisión de deberes que en el estado de necesidad justificante. **109**

En consecuencia, el tratamiento jurídico de la colisión de deberes se puede resumir en la siguiente frase: si entran en colisión dos deberes jurídicos de acción, actuará justificadamente quien cumpla el deber superior o un deber sólo equivalente a costa del otro. Y no es preciso efectuar ulteriores distinciones conceptuales, como las muy diversas que se proponen en la doctrina [168]. En particular, no aporta ninguna ventaja especial distinguir entre colisiones de deberes propias (insolubles) e impropias (resolubles), afirmando que en determinados casos —distintos según los puntos de vista— retrocede o se extingue el deber inferior, por lo que entonces ya no existiría una colisión de deberes propiamente dicha. Pues en el fondo todas las colisiones de deberes son resolubles, puesto que siempre es prioritario un deber; y ello sucede incluso en la colisión de deberes equivalentes, en cuanto que tiene prioridad el deber que el obligado elige a su arbitrio. Y entonces no habría absolutamente ninguna colisión de deberes en sentido propio, porque siempre sucede que sólo hay que cumplir un deber. Pero todo esto no son más que juegos de palabras: el "conflicto", la "colisión", "caracteriza tanto psicológica como materialmente las fases de inseguridad de un proceso de decisión en el que hay que efectuar difíciles ponderaciones de valores; y el mismo se suprime y desaparece en la fase final del proceso mental de solución del conflicto, con la concreción del 'deber real'" [169]. **110**

E. La situación análoga al estado de necesidad

Günther ha propuesto "complementar por analogía el § 34" mediante una "auténtica causa de exclusión del injusto penal" (cfr. § 14, nm. 2) que denomina "situación análoga al estado de necesidad" [170]. Se trataría de un escalón **111**

[168] Cfr. la panorámica que ofrece Küper, 1979, 36 s.
[169] Küper, 1979, 37.
[170] En su monografía "Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß", 1983, 326 ss. Una de-

intermedio entre el estado de necesidad justificante y el disculpante, cuya concurrencia no excluirá la antijuridicidad, pero sí el injusto merecedor de pena. Esta nueva categoría sería aplicable a los supuestos de estado de necesidad en que el interés protegido no es "sustancialmente" —como requiere el § 34—, sino sólo escasamente preponderante frente al interés dañado, o en que tiene el mismo rango que éste. Günther formula esta causa de exclusión del injusto penal asumiendo los presupuestos de la situación del § 34, de tal manera que no es penalmente antijurídica la actuación del autor "si en la ponderación de los intereses en conflicto... el interés protegido prepondera sobre el dañado o al menos es equivalente al mismo. Sin embargo ello sólo sucederá, especialmente en caso de equivalencia de los intereses que entran en colisión, en la medida en que el hecho sea un medio adecuado para hacer frente al peligro" [171].

112 Como ejemplos prácticos acude sobre todo a los casos límite del estado de necesidad justificante, o sea, la colisión de deberes (nm. 100 ss.), la actuación en estado de necesidad por coacción (nm. 57 ss.), el estado de necesidad defensivo incluyendo la legítima defensa preventiva (nm. 62 ss.), el homicidio de una vida condenada a muerte en estado de necesidad para la vida (nm. 29 ss.), y también la infracción de las restricciones ético-sociales de la legítima defensa. Las consecuencias jurídicas [172] de tales causas de exclusión del injusto penal son en parte iguales a las de las causas de justificación, y en parte a las de exclusión de la culpabilidad. Así p.ej. el error sobre los presupuestos materiales de una causa de exclusión del injusto penal excluirá la pena por dolo; e igualmente será impune la participación en caso de exclusión de la antijuridicidad penal. En cambio, una conducta que no es penalmente antijurídica, sin embargo se considera "antijurídica" en el sentido de la teoría general de la antijuridicidad y del § 32, por lo que el afectado puede actuar contra ella —con restricciones, aludidas sólo de modo puntual— en legítima defensa.

113 Pese a que se trata de una propuesta sugerente, hay razones de más peso que se oponen a tal forma mixta de justificación y exculpación. La hipótesis de que una preponderancia sólo escasa del interés protegido precisa un tratamiento especial, se basa en el error de creer que el § 34 requiere una preponderancia superior en grado de los intereses protegidos (cfr. nm. 76 ss.). Pero realmente la salvaguarda del interés claramente más digno de protección siempre está justificada por el § 34, por lo que no hace ninguna falta una causa de exclusión del injusto penal. Y en cambio, si los intereses en conflicto

---

tenida discusión crítica de la "situación análoga al estado de necesidad" en Roxin, Oehler-FS, 1985, 181.

[171] Günther, 1983, 329.

[172] Cfr. al respecto Günther, 1983, 379 ss.

son igualmente merecedores de protección es preferible una alternativa clara al compromiso de la exclusión del injusto penal. En la colisión de deberes, por las razones ya aducidas al discutir la tesis de la exclusión de la culpabilidad (nm. 104-106), está claramente justificado el cumplimiento del deber de acción equivalente, por lo que en este caso tampoco es precisa una exclusión del injusto penal. En cambio, en las colisiones propias del estado de necesidad debe respetarse la decisión del legislador de tolerar la ingerencia en bienes jurídicos ajenos sólo si el bien jurídico preservado es claramente preponderante. Si ante un resultado de la ponderación poco claro, no se admite la justificación, pero sí una causa de exclusión del injusto penal, se está desplazando la clara opción legislativa **en contra de** la facultad de ingerencia a una irritante penumbra y también se está creando una situación desafortunada desde el punto de vista de política jurídica: pues por una parte, si desaparece el efecto preventivo de la conminación penal, se estará animando a los sujetos que se encuentren en estado de necesidad a interferirse en las esferas jurídicas ajenas; y por otra parte los mismos, si se le reconoce al afectado la facultad de obrar en legítima defensa, tendrán que contar con sufrir ellos mismos daños en sus bienes jurídicos, a los que no se habrían expuesto si una conminación penal se hubiera opuesto a su actuación. Por tanto, la construcción de una causa de exclusión del injusto penal sólo sirve para perturbar la paz jurídica. En cambio, la idea, digna de aplauso, de que no siempre hay que imponer automáticamente una pena ante pequeños excesos respecto de los límites trazados por el § 34, se puede poner en práctica más fácilmente por medio de los §§ 153 ss. StPO. Y además, en algunos casos, como los del homicidio de una vida condenada a la muerte en estado de necesidad para la vida, también se puede plantear una exculpación supralegal. De todo ello habrá que ocuparse en detalle en su momento (§ 22, nm. 142 ss.).

F. El derecho de resistencia en virtud del art. 20 IV GG

El derecho de resistencia, como facultad derivada del Derecho suprapositivo, tiene una larga tradición que se remonta a la antigüedad [173]. En el contexto de la aprobación de las leyes de estado de necesidad del año 1969, el legislador lo ha convertido en Derecho constitucional positivo siguiendo el modelo de diversas Constituciones de los Länder [174]. Desde entonces, según el art. 20 IV GG, "todos los alemanes" tienen "el derecho de resistencia, cuando no sea posible la ayuda de otras instancias defensivas", frente a cualquiera que intente eliminar el orden fundamental liberal y democrático definido en el art. 20 I-III 114

[173] Sobre la historia y los múltiples aspectos del derecho de resistencia informa de modo instructivo el volumen colectivo de Arth. Kaufmann (ed.), Widerstandsrecht, 1972.
[174] Sobre la historia de su elaboración: Böckenförde, JZ 1970, 168.

GG. No obstante, dicho precepto apenas va a tener importancia práctica: pues si tiene éxito un intento de cambio violento del sistema, el art. 20 IV GG ya no les servirá de nada a los que ofrezcan resistencia; pero si el intento no tiene éxito, por regla general ello se deberá a la "ayuda de otras instancias defensivas", por lo que entonces quedará excluido por esa razón el derecho de resistencia individual. Dado que, por consiguiente, la importancia del derecho de resistencia es más bien de tipo teórico y se sitúa principalmente en los terrenos del Derecho político y la filosofía del Derecho, aquí lo trataremos sólo brevemente.

115 El art. 20 IV GG no regula un supuesto de legítima defensa del Estado —que es inadmisible—, sino que constituye un precepto específico para un fragmento importante del estado de necesidad del Estado; junto al mismo sigue siendo posible recurrir al § 34, cuando no se trate de agresiones al orden fundamental libre y democrático (cfr. § 15, nm. 40). El derecho de resistencia cabe contra el golpe de Estado, tanto desde abajo como desde arriba, y por tanto se dirige tanto contra los rebeldes revolucionarios como contra el Gobierno que se disponga a eliminar los principios constitucionales básicos. Muchos autores requieren que sea evidente el intento de suprimir el orden libre y democrático para que surja el derecho de resistencia [175]. Pero esta exigencia no se puede compartir, pues el tenor literal del art. 20 IV GG no lo requiere, aparte de que sería materialmente ilógico no permitir el derecho de resistencia contra un intento subversivo especialmente peligroso por su clandestinidad. Además ese requisito supone devaluar "el derecho de resistencia contra el golpe de Estado desde arriba, que antes de su ejecución casi nunca será manifiesto" [176].

116 El derecho de resistencia presupone el "emprendimiento (intento)" del golpe de Estado, o sea que ha de haber al menos una tentativa (cfr. § 11 I n.º 6). No son suficientes los actos preparatorios, y menos aún las meras manifestaciones verbales exigiendo la supresión del orden fundamental libre y democrático (OLG Köln NJW 1970, 1322). A este respecto Jakobs [177] —aunque él mismo lo califica de "muy dudoso"— opina lo siguiente: "Si no se puede esperar al comienzo de la tentativa sin renunciar a la posibilidad de resistencia eficaz, se podría admitir una resistencia con derecho a una ingerencia proporcional, por analogía con la situación análoga a la legítima defensa". Pero sería ir demasiado lejos si ya en el campo previo a los intentos de subversión se le concediera a todo ciudadano un derecho a la oposición violenta, pues ello podría operar como una provocación a la guerra civil. Bien es verdad que con la limitación al "intento (emprendimiento)" de golpe de Estado aún se

---

[175] Jescheck, AT^4, § 35 IV 4; LK^{10}-Hirsch, antes del § 32, nm. 88.
[176] Jakobs, AT^2, 15/2.
[177] Jakobs, AT^2, 15/2.

reduce más la relevancia práctica, ya de por sí escasa, del art. 20 IV GG; pues si el intento subversivo ya está en marcha, frecuentemente será demasiado tarde para oponer resistencia. Y asimismo, el requisito, necesario para evitar acciones apresuradas y a ciegas, de que "no sea posible la ayuda de otras instancias defensivas", casi nunca permitirá que se produzca una resistencia justificada; pues como la persona dispuesta a oponer resistencia primero tendrá que intentar por todos los medios hacer intervenir a las fuerzas estatales, si todo ello es en vano, la mayoría de las veces habrá triunfado la subversión del orden constitucional y ya no será posible la resistencia.

La resistencia puede ser tanto pasiva (v.gr. mediante una huelga general) **117**
como activa (procediendo violentamente contra los rebeldes). Si hay varios medios disponibles, ha de elegirse el menos lesivo. Y respecto del error rigen las reglas generales. Por tanto, si alguien se cree autorizado a prestar resistencia porque interpreta equivocadamente los principios constitucionales del art. 20 I-III GG o el concepto de "emprendimiento o intento", estamos ante un error de prohibición; y si por el contrario alguien cree erróneamente que concurre un supuesto de hecho que autorizaría a la resistencia, se tratará de un error excluyente del dolo (cfr. para más detalles § 14, nm. 51 ss.). En cuanto a la hipótesis que sostiene que con dicha exclusión del dolo se producirían intolerables lagunas de punición, que sólo se podrían evitar reconociendo la teoría estricta de la culpabilidad [178], es infundada. En primer lugar, porque, debido a los estrictos requisitos del art. 20 IV GG (¡tentativa como mínimo, cláusula del recurso a otras instancias defensivas!), es difícilmente imaginable la suposición errónea de un supuesto de hecho que autorice la resistencia; y en segundo lugar, porque, si alguna vez se produjera un caso así, no se ve por qué a una persona en error, que por su ejemplar actitud ciudadana esté dispuesta a intervenir con las acciones necesarias, se le iba a tener que castigar como un criminal doloso (en vez de castigarle a lo sumo por imprudencia) [179].

---

[178] Welzel, StrafR[11], § 14 II 7; LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 91.
[179] Similar Jakobs, AT[2], 15/5.

§ 17. Ejercicio del cargo y de derechos de coacción; la autorización de la autoridad

A. Derechos de intervención en el ejercicio del cargo

Bibliografía: Jellinek, Verwaltungsrecht, [3]1931; Bender, Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung i. S. d. § 113 StGB, tes. doct. Freiburg, 1953; Stratenwerth, Verantwortung und Gehorsam, 1958; Westerburg, Die Polizeigewalt des Luftfahrzeugkommandanten, 1961; Oehler, Handeln auf Befehl, JuS 1963, 301; W. Meyer, Der Begriff der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungshandlung i. S. d. § 113 Abs. 3 StGB, NJW 1972, 1845; Schünemann, Rundum betrachtet, JA 1972, 633, 703, 775; Günther, Nochmals: Der Begriff der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungshandlung i. S. d. § 113 Abs. 3 StGB, NJW 1973, 309; Krey/W. Meyer, Zum Verhalten von Staatsanwaltschaft und Polizei etc., ZRP 1973, 1; W. Meyer, Nochmals: Der Begriff der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungshandlung i. S. d. § 113 Abs. 3 StGB, NJW 1973, 1074; Rostek, Der unkritische Befehlsempfänger, NJW 1975, 862; Thiele, Zum Rechtmäßigkeitsbegriff bei § 113 Abs. 3 StGB, JR 1975, 353; Wagner, Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung, JuS 1975, 224; Wagner, Amtsverbrechen, 1975; Triffterer, Ein rechtfertigender (Erlaubnistatbestands-)Irrtum etc., Mallmann-FS, 1978, 373; Thiele, Verbotensein und Strafbarkeit des Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte, JR 1979, 397; Küper, Die Bedeutung des § 105 Abs. 2 StPO für die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung (§ 113 Abs. 3 StGB), JZ 1980, 633; Donatsch, Die strafrechtliche Beurteilung von Rechtsverletzungen bei der hoheitlichen Anwendung unmittelbaren Zwangs, 1981; Ostendorf, Die strafrechtliche Rechtmäßigkeit rechtswidrigen hoheitlichen Handelns, JZ 1981, 165; Benfer, Zum Begriff "Rechtmäßigkeit der Amtshandlung" in § 113 III StGB, NStZ 1985, 255; Möbius, Die Funktion des Straftatbestandes des § 113 StGB, tes. doct. Regensburg, 1985; Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre, GA 1985, 341; Amelung, Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, JuS 1986, 329; Frank, Strafrechtliche Relevanz rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungshandelns. Erläutert am Beispiel der Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB), tes. doct. Berlin, 1986; Kuhlen, Zur Rechtfertigung von Gewässerverschmutzungen, StrV 1986, 544; Evers, Sprengung an der Celler Gefängnismauer: Darf der Verfassungsschutz andere Behörden und die Öffentlichkeit täuschen?, NJW 1987, 153; Lenz, Die Diensthandlung und ihre Rechtmäßigkeit in § 113 StGB, tes. doct. Bonn, 1987; Seebode, Die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung zu § 113 Abs. 3 und 4 StGB, 1987; Siegel, Verhaftung des Schuldners durch den Gerichtsvollzieher in der Wohnung eines Dritten, DGVZ, 1987, 151; Christmann, Die Verhaftung des Schuldners in fremden Räumen, DGVZ 1988, 91; Roxin, Der strafrechtliche Rechtswidrigkeitsbegriff beim Handeln von Amtsträgern - eine überholte Konstruktion, Pfeiffer-FS, 1988, 45; Backes/Ransiek, Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, JuS 1989, 624; Geppert, Zum strafrechtlichen "Rechtmäßigkeits"-Begriff (§ 113 StGB) und zur strafprozessualen Gegenüberstellung, Jura 1989, 274.

1 Quienes desempeñan un cargo estatal tienen que emplear diversas formas de coacción para hacer cumplir los preceptos jurídicos. Dichas medidas coactivas encajan por regla general en tipos penales tales como las coacciones (§ 240), detenciones (§ 239), lesiones (§ 223) o el allanamiento de morada (§ 123), y su licitud presupone una norma de intervención, que opera como causa de justificación. Los derechos de intervención estatal son sumamente numerosos y están dispersos por múltiples leyes, por lo que aquí resulta imposible tratarlos en detalle o tan siquiera mencionarlos todos, y habrá que

conformarse con algunas indicaciones a modo de ejemplo. La StPO (Ley procesal penal) contiene importantes derechos de intervención de amplio alcance, p.ej. en los §§ 81 (internamiento en un hospital psiquiátrico), 81 a (intromisiones corporales, extracción de muestras de sangre), 81 b (toma obligatoria de fotos y huellas dactilares), 94 ss. (decomiso), 102 ss. (registros), 112 ss. (arresto), 126 a (internamiento provisional), 127 ss. (detención preventiva o provisional), 134 (conducción ante la autoridad), 164 (detención de perturbadores) y 449 ss. (ejecución penal). La Ley Penitenciaria regula en su conjunto los límites impuestos por el Estado de Derecho a la privación de libertad en el sistema penitenciario y legitima en concreto múltiples medidas coactivas (cfr. §§ 94 ss. StVollzG). También se permiten importantes intervenciones en la ZPO (Ley procesal civil), v.gr. en sus §§ 883 ss. (intervención del ejecutor judicial) o en los §§ 888, 901 y 909 (arresto), y en la KO (Ley concursal), p.ej. en sus §§ 101 II (conducción ante la autoridad, arresto), 117 (desposesión) o 121 I 2 (apertura de correspondencia). A ello se añade un cúmulo inabarcable de medidas policiales coactivas, en su mayoría reguladas por el Derecho de cada Land, de internamientos forzosos de personas con enfermedades venéreas (§ 18 II GeschlKrG), de enfermos mentales y drogadictos (en el Derecho de cada Land), y otras muchas.

Los requisitos de esas intervenciones corresponden a la regulación de los 2
respectivos sectores jurídicos, es decir que no son una materia jurídicopenal, a pesar de que tienen repercusiones penales. En cambio, las intervenciones de los funcionarios en el ejercicio de su cargo implican un problema de naturaleza específicamente penal, a saber, el relativo a la cuestión de si, y hasta qué punto, los errores de los funcionarios en el ejercicio de su cargo dejan intacta la conformidad a Derecho de su intervención y privan de su derecho a la legítima defensa al afectado. En efecto, según la jurispr. constante y la doc. dom., a este respecto rige un concepto de antijuridicidad específico del Derecho penal [1], según el cual en determinadas circunstancias el funcionario en el ejercicio de su cargo actuará conforme a Derecho aunque su conducta sea p.ej. antijurídica y anulable conforme al Derecho público.

El primer presupuesto de la licitud de la intervención, según esta posición, 3
consiste en que el funcionario sea competente material y territorialmente. Un funcionario carecerá de competencia material u objetiva si las intervenciones de ese tipo no encajan en absoluto en el ámbito de las facultades de su cargo (p.ej. un Fiscal dicta una orden de arresto conforme al § 114 StPO). La competencia territorial termina en todo caso para los funcionarios de un Land en los límites de su Land (excepción: el § 167 GVG). Por lo demás, "en el caso concreto todo depende de la clase de acción de ejercicio del cargo efectuada. Para una acción de ejercicio del cargo la conformidad a Derecho puede estar

[1] Una exposición detallada en Lenz, 1987, 20-51.

vinculada al ámbito de la correspondiente circunscripción oficial; y en cambio, para otra puede no ser precisa esa vinculación, porque respecto de la misma la competencia territorial se extienda más allá del ámbito de la circunscripción oficial" (BGHSt 4, 112). Así sucede respecto del funcionario de la gendarmería que intervenga fuera de su circunscripción para impedir la comisión de delitos, mientras que p.ej. la policía ferroviaria sólo tiene "facultades policiales en el ámbito ferroviario".

4 A la competencia material y territorial ha de añadirse el respeto a los preceptos sobre formas esenciales (p.ej. según el § 114 StPO una orden de arresto ha de ser dictada por escrito), así como la observancia de los principios de necesidad y proporcionalidad. En cambio, según esta posición, los errores sobre la concurrencia de los requisitos fácticos de una facultad de intervención no cambian para nada la conformidad a Derecho de la actuación si el funcionario ha llegado a efectuar un juicio equivocado pese a un examen conforme a deber de la situación, mientras que los errores sobre los límites jurídicos de la facultad de intervención harán que la actuación del funcionario resulte siempre antijurídica, incluso en sentido jurídicopenal.

5 Ya el RG resolvió en este sentido en una jurisprudencia constante. En RGSt 30, 348 ss., un sargento de policía, en una actuación "materialmente incorrecta", había creído equivocadamente, pero "sin infringir el deber" "teniendo en cuenta toda la situación fáctica", que estaba facultado para penetrar en una vivienda ajena; ello no lo consideró suficiente el RG para admitir un ejercicio legítimo del cargo, porque no estaba claro que el error del funcionario no se debiera a una concepción jurídica equivocada: "en tal caso es irrelevante su convicción de que su modo de actuar era conforme a su deber" (p. 350). En RGSt 38, 37 ss., se trataba del presupuesto de una detención conforme al § 127 II StPO, afirmándose al respecto: "puede dejarse sin resolver... la cuestión de si esas... circunstancias de hecho concurrían también objetivamente...; a esos efectos era suficiente que el mismo (el funcionario), según su criterio conforme al deber, las hubiera considerado concurrentes" (p. 375). La sent. RGSt 61, 297 ss., considera que en su caso el embargo practicado por un ejecutor judicial puede ser conforme a Derecho aunque el mismo "se hubiera equivocado al suponer que la vivienda era la del deudor"; todo depende de "si el agente judicial, sin ser culpable de infringir su deber, podía considerar y ha considerado... que la vivienda era la del deudor" (p. 299) [2].

6 Esta jurisprudencia ha sido proseguida ininterrumpidamente por el BGH. Según BGHSt 4, 161 ss., es cierto que "contra un funcionario ejecutor que actúe antijurídicamente... es en sí admisible... la legítima defensa. Pero la

[2] Cfr. además p.ej. RGSt 35, 210; 44, 353; 72, 311.

conformidad a Derecho de la acción de ejecución no depende predominantemente del Derecho material, sino que por regla general depende ya de la competencia objetiva y territorial del funcionario para intervenir, de las formalidades legales... o... de la regularidad del ejercicio de su criterio de apreciación" (pp. 163 s.). Según BGHSt 21, 334 ss., un funcionario de la policía ferroviaria que "para asegurar el orden interviene impidiendo el reparto... de panfletos en la plaza situada ante la estación", actúa ya conforme a Derecho "si, tras examinar conforme a su deber todas las circunstancias, podía considerar materialmente justificada su intervención; y a ese respecto es irrelevante si el orden estaba efectivamente en peligro o no" (p. 335; además pp. 363, 365). Si un funcionario de policía, contraviniendo lo dispuesto por el § 81 a StPO, encarga a un auxiliar sanitario, en lugar de a un médico, la extracción de una muestra de sangre, según BGHSt 24, 125 ss. (130), la licitud jurídico-material de esa conducta se deriva exclusivamente del hecho de haber "obrado de buena fe, concretamente suponiendo erróneamente que concurrían los presupuestos fácticos con los que se podía obligar al acusado a soportar la extracción de sangre"; y no se examina más detenidamente si esa creencia era al menos no culpable.

A veces se plantean exigencias aún menores para la conformidad a Derecho **7**
de las intervenciones coactivas de la autoridad. Ya la propia jurisprudencia del BGH no permite afirmar que en casos de error sobre los presupuestos fácticos de la intervención al menos se haya investigado con cuidado y rigor si se daba un "examen conforme a deber" de tales presupuestos. En algunas ocasiones incluso se admite expresamente que sólo una culpa grave del funcionario excluiría la conformidad a Derecho de su actuación [3]. Y tampoco debe dar lugar a la antijuridicidad en todos los casos la ejecución de decisiones basadas en concepciones jurídicas erróneas. Así, si un funcionario ha obrado por orden de su superior o por encargo de una autoridad competente, según la jurispr. actuará conforme a Derecho con tal de que lo haga de buena fe, aunque la orden o instrucción se deba a suposiciones jurídicas erróneas y el funcionario no las haya examinado en absoluto [4]; la solución será distinta a lo sumo en caso de órdenes arbitrarias y nulas. Y algunos autores sostienen que también en el caso del funcionario que obre por propia iniciativa deben tratarse igual los errores sobre el supuesto fáctico y la estimación equivocada de la situación jurídica, porque en los agentes ejecutores "no puede ser completa su formación jurídica" [5].

[3] LK[10]-v. Bubnoff, § 113, nm. 33; Lackner[20], § 113, nm. 12; OLG Celle NJW 1971, 154; OLG Hamm VRS 26 (1964), 435; GA 1973, 244.

[4] BGHSt 4, 1961; RGSt 55, 161; 58, 193 ss.; ulteriores referencias en LK[10]-v. Bubnoff, § 113, nm. 35.

[5] LK[10]-v. Bubnoff, § 113, nm. 34, con ulteriores referencias.

8 Un importante sector de la doctrina [6], si bien rechaza el "concepto jurídicopenal de antijuridicidad" que acabamos de exponer, sin embargo se adhiere al Derecho administrativo de un modo que sitúa aún peor que éste al ciudadano afectado: según esa posición, sólo será antijurídico el acto de la autoridad que según el Derecho público sea nulo, es decir, el afectado por los "vicios más graves y manifiestos" [7], mientras que la actuación del funcionario no permitida, pero sólo anulable, según esta teoría ha de ser soportada y es por ello conforme a Derecho. De ese modo se privilegia al funcionario más aún que lo que hace la jurispr., ya que ésta, para admitir la conformidad a Derecho de la actuación del funcionario, plantea exigencias (como la competencia, la proporcionalidad o el examen conforme a deber), cuya ausencia aún no da lugar sin más a la nulidad de la orden.

9 Pues bien, en primer lugar es insostenible el concepto jurídicopenal de antijuridicidad, y lo es tanto por razones de Derecho administrativo como de Derecho penal [8]. El arbitrio conforme a deber en la comprobación de los presupuestos fácticos de un derecho de intervención, del que siempre parte la jurispr., no existe. Al contrario, esos presupuestos han de concurrir realmente; y si no se dan, no existe un derecho de intervención. Dada la reserva de ley existente respecto de todas las intervenciones de la autoridad, a la jurisprudencia penal le está vedado crear por sí misma dichos derechos de intervención por medio de un concepto jurídicopenal especial de antijuridicidad. Pero es que además ese concepto contradice también todas las reglas de la dogmática del Derecho penal: pues si se hace depender la antijuridicidad de la intervención de la culpabilidad, o aunque sea de la grave culpabilidad, del funcionario, se están mezclando y confundiendo irremediablemente dos categorías fundamentales del Derecho penal; y asimismo, la "buena fe" del funcionario, en la que se basan muchas sentencias, ciertamente podrá excluir el dolo, pero no transformar lo injusto en derecho.

10 Pero tampoco es correcto admitir ya la conformidad a Derecho de la actuación oficial cuando ésta consista en un acto anulable de la autoridad. Es cierto que el acto de la autoridad es eficaz como tal mientras no sea anulado, pero si la ejecución encaja en tipos penales, precisa una justificación autónoma, que entre otras cosas presupone la concurrencia de los hechos que fundamentan la intervención [9]. De lo contrario, como los actos administrativos

[6] Bender, 1953; Krey, BT/1[9], nm. 510 ss.; W. Meyer, NJW 1972, 1845; idem, NJW 1973, 1074; Wagner, JuS 1975, 224. En ese sentido tb. KG JR 1980, 513.

[7] KG JR 1980, 513; OLG Schleswig NStZ 1985, 74.

[8] Una crítica contundente en Schünemann, JA 1972, 707 ss., y GA 1985, 366; en sentido similar Thiele, JR 1975, 353 ss.; LK[11]-Spendel, § 32, nm. 64 ss.; Jakobs, AT[2], 16/1 ss.; Amelung, JuS 1986, 335 s.; AK-Zielinski, § 113, nm. 22 ss.; Bottke, JR 1989, 25 s.; Backes/Ransiek, JuS 1989, 626 ss.; desde otro punto de partida tb. Ostendorf, JZ 1981, 165 ss.

[9] Una clarificación teórica fundamental en Thiele, JA 1975, 373 ss.

sólo son nulos en casos sumamente infrecuentes, los funcionarios podrían realizar cualquier acción antijurídica sin temor a consecuencias penales ni a una defensa contra la misma. Con razón replicaba ya en las deliberaciones de la Gran Comisión de Derecho penal el presidente de Sala del BGH, Baldus, frente a una propuesta de Welzel en ese sentido [10]: "... según mis experiencias, debería subsistir también un cierto riesgo del lado de la policía. Si estos funcionarios pueden proceder y dar órdenes sin ningún riesgo, sólo se conseguirá que ciertas prácticas indeseables sean aún peores" [11].

Por ello, hay que renunciar a cualquier concepto especial de antijuridicidad 11
en la actuación oficial y rechazar que haya derechos de intervención con un correlativo deber de soportarla en todos los casos en que no concurran los presupuestos establecidos en las leyes que conceden la autorización [12]. Frente a esto, la opinión dominante, que sostiene "que el Estado tiene el gran privilegio de poder equivocarse" [13], se justifica siempre alegando la presunta necesidad políticocriminal de cubrir las espaldas al funcionario que en el ejercicio de su cargo actúa al servicio del orden estatal. El privilegio del error, se afirma aún en BGHSt 4, 164, "protege al funcionario ejecutor en su poder de decisión en el ejercicio del cargo, que de lo contrario se vería coartado de modo contraproducente para los intereses públicos, y hace recaer sobre la persona que se resista el riesgo de que la resistencia no esté permitida". Pero tales formulaciones, que se remontan a la tradición del Estado autoritario, en una comunidad democrática deben relativizarse mediante la perspectiva de que el Estado no ha de estar menos interesado en salvaguardar la libertad de sus ciudadanos y en motivar a sus funcionarios a una estricta observancia de las leyes. La idea, que siempre se vuelve a aducir, de que al ciudadano se le puede exigir que se defienda frente a los excesos del ejecutivo mediante los recursos jurídicos pertinentes (y no mediante resistencia personal), es equivocada en la medida en que las lesiones de bienes jurídicos (como privaciones de libertad, lesiones corporales, etc.) causadas por ejecuciones ilícitas posteriormente ya no se pueden suprimir como si no hubieran ocurrido.

Es cierto que incluso un funcionario concienzudo puede sufrir un error y 12
en ese caso necesita protección. Pero esa protección se garantiza ya en la medida precisa partiendo del concepto general de antijuridicidad. En los su-

---

[10] Baldus, NiedStrKomm. 13, 1960, 61; similar Schäfer, loc. cit., 63 s.: sosteniendo que la propuesta "excede de su objetivo".

[11] Baldus —un hombre conservador— hace constar que él ha "vivido múltiples y masivos casos de conducta antijurídica, arbitraria y brutal por parte de la policía, que son terroríficos".

[12] Así tb., respecto del § 113, AG Schwandorf NStZ 1987, 280.

[13] Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, ^{3}1931, 373. Haft, AT^{5}, 113, aduce como fundamentación del privilegio del error que un funcionario obligado a ejecutar medidas coactivas, si permanece inactivo, corre el riesgo de sufrir una sanción disciplinaria o, en su caso, incluso de ser procesado por obstrucción a la justicia penal por parte de funcionario. Pero lo que se le exige no es que permanezca inactivo, sino diligencia en el ejercicio del cargo.

puestos en que los funcionarios tienen que resolver situaciones imprevisibles, o actuar basándose en pronósticos o adoptar medidas urgentes, los propios tipos legales sobre la correspondiente intervención prevén ya regulaciones que dan cumplida respuesta a las necesidades de una actuación ejecutiva eficaz. Así ocurre con los tipos legales de sospecha o de peligro y con las reglas sobre la ejecución provisional [14]. Así p.ej. son tipos clásicos de sospecha los §§ 112 y 127 StPO: cuando exista una aguda sospecha de comisión del hecho, el ciudadano tendrá que soportar un arresto o una detención provisional conforme al § 127 II StPO aunque sea inocente. En cuanto a los criterios del "peligro" y del "peligro aparente", que dominan sobre todo el Derecho policial, conceden derechos de intervención basados en juicios *ex ante,* que pueden ser contradichos por el desarrollo real de los acontecimientos. Y la institución de la ejecución provisional (cfr. v.gr. los §§ 708 ss. ZPO) parte de la base de que hay que soportar transitoriamente una intervención, aunque posteriormente quizás se ponga de manifiesto que la misma era injustificada. De este modo, respecto de los más importantes de los supuestos en que el funcionario ha de actuar pese a no estar clara la situación, en cualquier caso se han adoptado regulaciones que suprimen el riesgo del error para el ejecutivo y que hacen innecesario un concepto especial de antijuridicidad.

13 En consecuencia, quedan sin resolver sobre todo casos como el del ejecutor judicial que entra en una vivienda equivocada (RGSt 61, 297) [15], el de encomendar equivocadamente a una persona que no es médico que realice la toma de una muestra de sangre (BGHSt 24, 125), o el de detener, por una confusión de personas, a una persona distinta a la mencionada en la orden de arresto. Si en un supuesto así el funcionario, pese a emplear toda la diligencia debida, sufre un error, en todo caso estará a cubierto de responsabilidad penal por la falta de dolo e imprudencia; pero además el afectado tampoco tendrá derecho a la legítima defensa, porque una conducta que concuerda con la diligencia objetivamente requerida en el tráfico no implica ningún desvalor de acción y por tanto no es antijurídica [16]. Bien es verdad que el error objetivamente invencible tampoco le otorga un derecho de ingerencia al funcionario, por lo que al ciudadano le queda el derecho de actuar en estado de necesidad defensivo conforme al § 34 (cfr. § 14, nm. 50) [17]. Pero de la ponderación de intereses que hay que efectuar según ese precepto naturalmente resulta que la víctima del error del funcionario no puede actuar sin más violentamente contra el mismo, sino que tiene que aclararle la situación y a lo sumo podrá oponer resistencia defensiva para contenerle. Dicha ponderación razonable de los in-

[14] Sobre ello especialmente Schünemann, JA 1972, 710, 775 s.; LK[11]-Spendel, § 32, nm. 61 ss.
[15] Sobre el problema de la detención del deudor por el ejecutor judicial en una vivienda ajena cfr. Siegel, DGVZ 1987, 151, y Christmann, DGVZ 1988, 91.
[16] Así tb. Lenz, 1987, 199 ss.
[17] En el mismo sentido Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 86, § 32, nm. 22.

tereses acaba llegando a un resultado próximo a las soluciones de la jurispr., sin necesidad de operar con un concepto de antijuridicidad manipulado a favor del ejecutivo.

El ciudadano sólo tendrá derecho a la legítima defensa cuando el funcionario por imprudencia crea que concurren los presupuestos fácticos de su facultad de intervención. Y en tales supuestos la jurispr. también se inclina a admitir la legítima defensa (siempre que no se exija imprudencia temeraria o que no se considere jurídicopenalmente "conforme a Derecho" toda insuficiencia subjetiva exculpante del funcionario). Pero de ello tampoco se derivan perjuicios "contraproducentes" para los "intereses públicos", pues, como el funcionario no tiene dolo delictivo, sólo surge un derecho de legítima defensa sujeto a restricciones ético-sociales (para más detalles § 15, nm. 55 ss.). Por tanto, en primer lugar sólo será "necesario" para la defensa que el ciudadano que por equivocación se ve indebidamente afectado le aclare al funcionario que está en un error. Y si lo hace así, lo ajustado a las exigencias del Estado de Derecho será que el funcionario vuelva a preguntar y se cerciore de cuál es la verdadera situación, lo que en muchos casos será posible sin más (p.ej. en caso de dudas sobre si el agente judicial se halla en la vivienda en la que debía entrar o sobre si realmente es un médico la persona que toma una muestra de sangre). Y si el sujeto al que se va a arrestar niega ser la persona que figura en la orden de arresto, pero sin poder acreditar suficientemente su identidad, aun reconociéndole un derecho restringido a la legítima defensa, le será exigible que siga de momento al funcionario y haga posible la comprobación de su identidad. Tales soluciones intermedias son más provechosas para el bien común que un derecho del agente a hacer valer su autoridad sin posibilidad de discusión. 14

B. La orden antijurídica obligatoria

Bibliografía: M. E. Mayer, Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten, Laband-FS, 1908, 119; Battenberg, Das auf Befehl begangene Verbrechen, Str. Abh. 189, 1916; v. Ammon, Der bindende rechtswidrige Befehl, 1926; H. Mayer, Der bindende Befehl im Strafrecht, Frank-FS, t. I, 1930, 598; Dolaptschieff, Sind rechtswidrige bidende Befehle möglich?, ZStW 58 (1939), 238; v. Weber, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl, MDR 1948, 34; Arndt, Die strafrechtliche Wirkung des militärischen Befehls nach dem Entwurf des WStG, GA 1957, 46; Stratenwerth, Verantwortung und Gehorsam, 1958; Arndt, Die strafrechtliche Bedeutung des militärischen Befehls, NZWehrR 1960, 145; Fuhrmann, Der höhere Befehl als Rechtfertigungsgrund im Völkerrecht, 1963; Oehler, Handeln auf Befehl, JuS 1963, 301; Schnorr, Handeln auf Befehl, JuS 1963, 293; Jescheck, Befehl und Gehorsam in der Bundeswehr, en: Bundeswehr und Recht 1965, 63; Schirmer, Befehl und Gehorsam, 1965; Arndt, Grundriß des Wehrstrafrechts, [2]1966; Bringewat, Der rechtswidrige Befehl, NZWehrR 1971, 126; Rostek, Der rechtlich unverbindliche Befehl, 1971; Schwenck, Wehrstrafrecht im System des Wehrrechts und der gerichtlichen Praxis, 1973; Rostek, Der unkritische Befehlsempfänger, NJW 1975, 862; Schwenck, Die Gegenvorstellung im System von Befehl und Gehorsam, Dreher-FS, 1977, 495; Ostendorf, Die strafrechtliche Rechtmäßigkeit rechtswidrigen hoheit-

lichen Handelns, JZ 1981, 165; Amelung, Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, JuS 1986, 329; Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986; Küper, Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, 81; Schölz/Lingens, Wehrstrafgesetz, ³1988; Lenckner, Der "rechtswidrige verbindliche Befehl" im Strafrecht - nur noch ein Relikt?, Stree/Wessels-FS, 1993, 223.

15 El problema, tan discutido antes, de si una orden antijurídica obligatoria le proporciona al funcionario que la ejecuta una causa de justificación o de exculpación [18], actualmente ha quedado sin objeto en muchos campos en virtud de la regulación del Derecho positivo, que ha declarado expresamente que no es obligatoria la orden antijurídica. Así el funcionario sólo ha de ejecutar una orden de su superior "en la medida en que la conducta que se le encomienda no sea punible ni constituya... una contravención... ni vulnere la dignidad humana" (§§ 56 II 3 BBG, 38 II 2 BRRG). En Derecho militar el § 11 II 1 SoldG dispone, exceptuando las contravenciones: "No se puede obedecer una orden cuando ello supusiera cometer un delito"; y según el § 11 I 2 SoldG "no hay desobediencia si no se cumple una orden que vulnere la dignidad humana o que no se haya dictado para los fines del servicio". Y también en otros campos se pueden encontrar regulaciones similares (v.gr. en la UZwG y en las leyes funcionariales de los Länder).

15a No obstante, pese a lo que parece a primera vista, aún no se ha eliminado totalmente en el Derecho vigente el deber de ejecutar acciones punibles [18a]. Así existen regulaciones en las leyes sobre funcionarios (p.ej. en el § 56 II 3 BBG), en virtud de las cuales, si la orden es confirmada por el superior jerárquico del que la imparte, el funcionario tiene que ejecutarla "con tal de que no ocurra que la conducta que se le encomienda sea punible... y la punibilidad sea reconocible para el mismo". Es decir, que si el subordinado no puede reconocer la punibilidad, la orden punible sigue siendo obligatoria; ello es materialmente equivocado, pero debe aceptarse en virtud del Derecho vigente. Más importancia práctica tiene el hecho de que, en los casos de divergencia de opiniones entre superior y subordinado sobre la punibilidad de la conducta ordenada, por regla general la orden será obligatoria aunque posteriormente resulte que tenía razón el subordinado al suponer que era punible; pues es consustancial a la relación jerárquica que en caso de duda la última palabra la tendrá el superior, al que también le corresponde la mayor competencia material en la mayoría de los casos. Sólo se produce una excepción en caso de "que la decisión del superior ya no sea sostenible en el aspecto fáctico o en el jurídico" [18b], y por tanto sea evidente la punibilidad de la conducta ordenada.

---

[18] Detalladamente sobre los aspectos fundamentales Stratenwerth, 1958. Una amplia exposición de todas las cuestiones pertinentes en LK¹¹-Spendel, § 32, nm. 74-103.

[18a] Fundamental al respecto Lenckner, Stree/Wessels-FS, 1993, 225 ss.

[18b] Lenckner, Stree/Wessels-FS, 1993, 223 s.

Un sector sostiene [19] que las órdenes y mandatos dirigidos a una conducta antijurídica tampoco son obligatorios en el resto de los casos (es decir, p.ej., en el caso de los militares la orden de realizar una conducta que constituya una contravención, o en el caso de los funcionarios, la orden de realizar una actuación civilmente antijurídica), y que la falta de sanción del cumplimiento de tales instrucciones no significa que sean obligatorias. Esta posición hace posible una solución seductoramente sencilla y perfecta, pero no obstante no es compatible con el tenor literal de las correspondientes leyes. La regulación del Derecho funcionarial dice inequívocamente que el funcionario subordinado que tenga reparos en cuanto a la licitud de una orden, tiene que exponérselos a sus superiores, pero si pese a todo éstos confirman la orden, "el funcionario debe ejecutarla" (§§ 56 II 1-3 BBG, 38 II BRRG); y esto no puede interpretarse sino en el sentido de que la orden es vinculante. En el § 11 I 1 SoldG se afirma que "el militar ha de obedecer a sus superiores"; y a continuación se especifica cuándo no se puede obedecer una orden (cuando la misma se dirija a que se cometa un delito), y también los casos en que el militar no incurre en desobediencia por negarse a obedecer una orden (§ 11 I 2 SoldG, cfr. nm. 15); por ello aquí también es ineludible la conclusión de que las otras órdenes son obligatorias por regla general. Pero además también cabe aducir alguna razón a favor del punto de vista legal, puesto que, si sólo se trata de la posibilidad de que se cometan infracciones jurídicas relativamente poco importantes, efectivamente la actividad del ejecutivo se podría ver "coartada de modo contraproducente para los intereses públicos" (nm. 11) si cualquier subordinado pudiera paralizar con sus reparos jurídicos la actividad del Estado. Hay muchos datos que abogan por la solución de limitar el derecho del subordinado a la *remonstratio* y traspasar la decisión al superior, de quien se puede presumir una mayor visión de conjunto. Y como éste asume la responsabilidad plena y exclusiva, prácticamente no existirá el peligro de que abuse de su poder en un caso así, que ya de entrada resulta conflictivo y discutible. **16**

Es obvio, y se desprende ya de las leyes correspondientes, que no se puede exigir responsabilidad al funcionario que tiene que ejecutar una orden antijurídica. Pero la ley escrita no resuelve el problema de si el mismo está justificado o solamente disculpado, a pesar de que de ello depende la cuestión de si el ciudadano afectado tiene o no derecho a la legítima defensa frente a la ejecución de la orden. Una opinión bastante extendida [20] sólo admite la exculpación del funcionario ejecutor, apoyándose sobre todo en el argumento de que una orden antijurídica no puede transformar lo injusto en derecho, y de que, si a un superior no le está permitido hacer algo por sí mismo, no es posible que **17**

[19] Especialmente LK[9]-Hirsch, antes del § 51, nm. 153, y LK[11]-Spendel, § 32, nm. 101 s.

[20] Cfr., de la bibl. penal reciente, v.gr.: Baumann/Weber, AT[9], § 21 II 8 a; Blei, AT[18], § 42 II; Dreher/Tröndle[46], antes del § 32, nm. 16; Maurach/Zipf, AT/1[8], 29/7 ss.; LK[11]-Spendel, § 32, nm. 90, 100 s.; Amelung, JuS 1986, 337; Küper, JuS 1987, 92.

lo realice de modo lícito ordenándoselo a un subordinado. Por su parte, la opinión contraria, que afirma la justificación del destinatario de la orden obligado a obedecerla [21], puede alegar en su favor que no es procedente ni aceptable obligar a un funcionario a ejecutar una orden y sin embargo considerar simultáneamente antijurídica esa actuación debida y exponer al funcionario a los efectos de la legítima defensa.

18 La concepción correcta es la que entiende que la orden vinculante supone una causa de justificación para el subordinado, aunque excepcionalmente aquélla sea antijurídica. En tal situación concurre en la persona del subordinado un supuesto de colisión, que hay que juzgar conforme al § 34 y en el que el deber de obediencia entra en conflicto con la prohibición de cometer acciones antijurídicas [22]. En dicho conflicto tiene preferencia el interés en la obediencia del funcionario y el militar, si se trata de infracciones poco importantes, frente al interés en evitar el injusto; en cambio, en caso de infracciones más graves (como pueden ser las que vulneren el Derecho penal o la dignidad humana, pero incluso una parte de las que vulneren el Derecho contravencional), tiene prioridad el interés en evitar el injusto. Las razones por las que en su caso es prioritario el deber de obediencia son las mismas que han movido al legislador a reconocer parcialmente la obligatoriedad de órdenes antijurídicas cuando sean de escasa gravedad (cfr. nm. 16 *in fine*); entonces, sobre la base de una decisión favorable a la obligatoriedad, la consideración debida al funcionario obligado a obedecer (cfr. nm. 17 *in fine*) ha de ser decisiva en la ponderación de intereses.

19 Frente a esto no pueden convencer las razones aducidas por la teoría de la exculpación. Pues no es cierto que el superior que imparte la orden antijurídica pueda transformar lo injusto en derecho, sino que su conducta (y con ello la actuación del Estado) sigue siendo constitutiva de injusto, aunque se lleve a cabo por medio de un instrumento que obra conforme a Derecho. Es cierto que la obligatoriedad de la orden antijurídica le priva al ciudadano del derecho a la legítima defensa frente al ejecutor del mandato, derecho que en cambio habría tenido frente a la actuación personal del superior. Pero ello no implica la menor contradicción; pues, al interponer a un tercero obligado a obedecer, se añade a la situación un nuevo elemento de ponderación que hace que se resuelva de modo distinto la decisión sobre la admisión del derecho de legítima defensa. Con ello no se le exige nada intolerable al ciudadano: Primero, porque al mismo le exime del deber de soportar graves daños el hecho de que una

---

[21] Jakobs, AT², 16/14; Jescheck, AT⁴, § 35 II 3; Lenckner, Stree/Wessels-FS, 1993, 223; Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 32, nm. 88 a; Schmidhäuser, LB AT², 9/57; Stratenwerth, 1958, 168, 181 ss.; Wessels, AT²³, § 10 VII 4.

[22] Los defensores de la solución de la justificación hablan aquí mayoritariamente de una "colisión de deberes", que sin embargo no se da en el sentido estricto del término, porque lo que colide es un deber de acción con un deber de omisión (cfr. § 16, nm. 101 ss.).

orden antijurídica dirigida a menoscabar bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal (desde la libre disposición sobre la morada hasta la propiedad o la integridad física) de entrada ya no es obligatoria. Segundo, porque el ciudadano tiene en el Estado un deudor seguro y con capacidad de pago respecto de los perjuicios que se le hayan irrogado. Y tercero, porque frente a la ejecución de una orden antijurídica se puede justificar por el § 34 una resistencia defensiva del afectado [23], si éste actúa enjuiciando correctamente la situación jurídica.

Otra cuestión discutida es la de si una orden de realizar una conducta 20
civilmente antijurídica o —en el caso de militares— una contravención sigue siendo obligatoria aunque conlleve el peligro de realizar un delito imprudente. Dichos casos pueden producirse sobre todo en el ámbito militar, cuando se les ordena a los soldados una conducta que suponga una contravención de las normas de tráfico (v.gr. conducir a velocidad excesiva o llevando el vehículo sin alumbrado) y que pueda dar lugar a accidentes. Según BGHSt 19, 232, "cabe albergar dudas en cuanto a si también desaparece la obligatoriedad de la orden cuando su receptor, ejecutando la acción ordenada, con mayor o menor probabilidad podría resultar culpable de un delito menos grave". Tales dudas deben resolverse en el sentido de que los peligros abstractos que van unidos *eo ipso* a muchas contravenciones no son aún suficientes para que la orden deje de ser obligatoria, pero sí lo será el peligro concreto de riesgo en el tráfico viario, de lesiones o de homicidio [24]: pues si el legislador considera no obligatorias las instrucciones dirigidas a realizar una conducta punible, no puede ser relevante que realmente se produzca o no el resultado; por tanto, el subordinado debe saber en el momento de la orden que no la puede ejecutar debido a los peligros concretos que implica su ejecución.

C. La actuación *pro magistratu*

Bibliografía: Karamuntzos, Die vorläufige Festnahme bei Flagrantdelikten, 1954; Meincke, Betreffen oder Verfolgen auf frischer Tat als Voraussetzung der vorläufigen Festnahme nach § 127 Abs. 1 StPO, tes. doct. Hamburg, 1963; Fincke, Darf sich eine Privatperson bei der Festnahme nach § 127 StPO irren?, GA 1971, 41; Fincke, Das Risiko des privaten Festnehmers, JuS 1973, 87; Widenbrüg, Nochmals: Das Risiko des privaten Festnehmers, JuS 1973, 418; Schumann, Zum Notwehrrecht und seinen Schranken, JuS 1979, 559; Achenbach, Vorläufige Festnahme, Identifizierung und Kontrollstelle im Strafprozeß, JA 1981, 660; Borchert, Die vorläufige Festnahme nach § 127 StPO, JA 1982, 338; Arzt, Zum privaten Festnahmerecht, Kleinknecht-FS, 1985, 1; Lingens, Die Befugnis des Wachsoldaten zur vorläufigen Festnahme nach § 17 WDO, NZWehrR 1985, 18; W. B. Schünemann, Selbsthilfe im

[23] Cfr. § 14, nm. 50; así tb. Jescheck, AT⁴, § 35 II 3; Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 32, nm. 89; Lenckner, Stree/Wessels-FS, 1993, 223.

[24] En el mismo sentido: Jakobs, AT², 16/14. Similar tb. Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 32, nm. 90. A favor, en cambio, de la obligatoriedad de la orden incluso aunque haya peligro de cometer un delito menos grave imprudente Jescheck, AT⁴, § 35 II 2 b, n. 13.

Rechtssystem, 1985; Klett, Die vorläufige Festnahme von Soldaten nach § 17 WDO, NZWehrR 1986, 1; Schlüchter, Kein Recht zur Beweisvernichtung nach einem potentiellen Selbstbedienungsladendiebstahl, JR 1987, 309; Joerden, Der Streit um die Gänsebrust: Selbsthilfe im Strafrecht, JuS 1992, 23; Scheffler, Selbsthilfe des einen oder Notwehr des anderen?, Jura 1992, 352; Duttge, Der Streit um die Gänsebrust: Selbsthilfe im Strafrecht, Jura 1993, 416.

21 Se denominan actuación *"pro magistratu"* los supuestos en que un particular puede actuar en lugar de la autoridad que en principio sería competente, pero que no puede ser localizada a tiempo o no está en condiciones de intervenir. Los dos casos más importantes son el derecho de detención del particular en virtud del § 127 I 1 StPO y el derecho de autotutela conforme a los §§ 229-231 BGB. A continuación nos ocuparemos de ambas regulaciones sólo en sus aspectos fundamentales e importantes para el Derecho penal. Otro caso que se podría encuadrar aquí es el derecho de resistencia en virtud del art. 20 IV GG, que ya ha sido tratado en el contexto del estado de necesidad (§ 16, nm. 114 ss.). La legítima defensa no es un supuesto de actuación *pro magistratu,* ya que está de modo primario al servicio de la autoprotección y se puede recurrir a ella no sólo de modo subsidiario; pese a todo tiene algunos rasgos (sobre todo en el componente del principio del prevalecimiento del Derecho) que apuntan en esa dirección.

I. La detención provisional

22 El § 127 I 1 StPO dispone lo siguiente: "Si se encuentra o se persigue a alguien en delito flagrante, y hay sospechas de que vaya a huir o no se puede comprobar inmediatamente su identidad, cualquiera estará autorizado a detenerle provisionalmente aun sin mandato judicial". Por consiguiente —para excluir en lo posible los errores—, el delincuente ha de ser sorprendido *in flagranti* (en delito flagrante); por lo que en el § 127 I 1 StPO se puede hablar de un supuesto de "detención en flagrancia que asegure la presencia y la identificación" [25]. Un delito es "flagrante" mientras está en la fase de tentativa punible, pero también sigue siéndolo si está consumado pero se encuentra al autor aún en el lugar del hecho, o cuando lo abandona y se le persigue inmediatamente. No es preciso que el delito sea aún "flagrante" en el momento de la detención, que a veces sólo es posible tras una persecución de varias horas.

23 Uno de los principales puntos polémicos es el de si el § 127 I 1 StPO presupone que posteriormente se compruebe que el detenido es realmente el autor del hecho o si basta con que objetivamente concurra una sospecha fundada del hecho y que el que practica la detención parta sin imprudencia de la base de que el autor es el sujeto encontrado en el lugar del hecho. Una opinión extendida y que especialmente entre los penalistas constituye la op.

[25] Cfr. Achenbach, JA 1981, 660 s.

dom. [26] mantiene la primera de las posiciones citadas, basándose sustancialmente en que el privilegio del error del funcionario (cfr. nm. 2 ss.) no es aplicable también a los particulares, en que a un particular inexperto y no obligado a detener no se le pueden conceder los mismos derechos que al funcionario, y en que no se le puede negar el derecho a la legítima defensa al injustamente detenido por un particular. Sin embargo, debe compartirse la opinión dominante entre los procesalistas, pero que también va ganando terreno en otras disciplinas [27], que en caso de sospecha fundada del hecho le reconoce ya un derecho de detención al particular si éste, empleando toda la diligencia objetivamente requerida, considera que la persona encontrada es el autor del delito. En efecto, si el Estado recurre al ciudadano para una misión pública, no puede exigir del mismo sino el empleo de toda la diligencia objetivamente posible. Además, según los principios generales procesales, las actuaciones de iniciación de un proceso penal son siempre tipos de sospecha (cfr. nm. 12), puesto que en esa fase no puede haber una seguridad absoluta, por lo que el derecho de intervención tiene que apoyarse en lo que en ese momento era reconocible. Por otra parte, no se puede dejar en suspenso la licitud de la detención hasta que se haya comprobado por sentencia firme la autoría del detenido. Y no cabe contraargumentar con la inexperiencia del particular, si se le exige la misma diligencia que también tendría que emplear un funcionario; pero lo que es insostenible es plantearle mayores exigencias que al funcionario o incluso convertir el conocimiento de circunstancias no cognoscibles en presupuesto de la conformidad a Derecho.

Tampoco se entiende por qué ha de "ser difícilmente tolerable la exclusión 24
del derecho a la legítima defensa para el detenido injustamente por un particular" [28]: pues lo único que va a sufrir es una breve privación de libertad hasta que se aclare su inocencia. Y el más interesado en que todo se aclare ha de ser quien ha sido encontrado en el lugar del hecho en circunstancias sospechosas; el hecho de proceder violentamente contra la persona que, dadas las circunstancias, lógicamente le toma por el autor del delito, haría aún más sospechoso a un inocente que ya era fundadamente sospechoso y sería algo desaconsejable para él aunque en principio se le reconociera el derecho a la

[26] Cfr. p.ej. LK[9]-Hirsch, antes del § 51, nm. 145; Jakobs, AT[2], 16/16; Jescheck, AT[4], § 35 IV 2; Maurach/Zipf, AT/1[8], 29/13; Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO und zum GVG, Nachträge und Ergänzungen zu Teil II, 1967, § 127, nm. 8; Schmidhäuser, StuB AT[2], 6/100; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 82; Wiedenbrüg, JuS 1973, 418; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, [41]1993, § 127, nm. 4; Rüping, Das Strafverfahren, [2]1983, 75; Schlüchter, JR 1987, 309; Schumann, JuS 1979, 559.

[27] Borchert, JA 1982, 338; Fincke, GA 1971, 41; idem, JuS 1973, 87; Henkel, Strafverfahrensrecht, [2]1968, § 68 II 2; L./R.[24]-Wendisch, § 127, nm. 9 s.; KK-StPO[3]-Boujong, § 127, nm. 9; Arzt, Kleinknecht-FS, 1985, 6; Fezer, Juristischer Studienkurs Strafprozeßrecht I, 1986, caso 1, nm. 53; OLG Zweibrücken NJW 1981, 2016. Ulteriores referencias en Borchert, loc. cit. A esta opinión se ha adherido ahora tb. la Sala de lo civil del BGH (NJW 1981, 745), mientras que por lo demás la jurispr. es poco clara y se inclina más bien por la opinión contraria.

[28] Jescheck, AT[4], § 35 IV 2.

legítima defensa. Pero, aun prescindiendo de esto, la opinión contraria, para ser consecuente, también tendría que excluir el derecho de legítima defensa, ya que, si la persona que practica la detención no infringe el cuidado objetivamente debido, su actuación carece de desvalor de la acción y por tanto no es antijurídica. Y si bien es cierto que su error invencible no le concedería un derecho de ingerencia, sin embargo, al detenido, que estaría limitado a las facultades del § 34, en una ponderación de intereses le sería exigible indudablemente ir a la comisaría de policía. Pero es que incluso si se admitiera un derecho de legítima defensa del detenido sin infracción del cuidado debido, ¡ello tampoco legitimaría que procediera violentamente contra el que le detiene [29]!: pues debido a la buena fe del que practica la detención sólo se podría plantear un derecho de legítima defensa con restricciones ético-sociales, lo que requiere que se soporten pequeños daños (cfr. § 15, nm. 56). Y sólo de eso se trata cuando se le exige a una persona sobre quien pesa una sospecha fundada que quede disponible durante un breve plazo para aclarar las circunstancias del hecho.

25 Para justificar la detención por un particular, el hecho ha de ser un hecho punible. Por tanto no es suficiente una tentativa impune o unos actos preparatorios impunes; en tal caso, unas medidas defensivas preventivas sólo podrían ampararse a lo sumo en el § 34 (cfr. § 16, nm. 72 ss.). Tampoco existe derecho de detención frente a acciones delictivas de niños penalmente incapaces [30], ni frente a contravenciones (§ 46 III 1 OWiG). En cambio, sí es suficiente el delito de un inculpable (p.ej. un enfermo mental), porque en cualquier caso da lugar a posibles medidas de seguridad penales y a un proceso (§§ 126 a, 413 ss. StPO).

26 Los presupuestos de la detención son la sospecha de fuga o la imposibilidad de una inmediata comprobación de la identidad. Según la op. dom. hay "sospecha de fuga" cuando para el que realiza la detención, basándose en su limitada capacidad de juicio en la situación concreta, resulte verosímil una fuga, como sucederá por regla general en los delitos graves o realizados clandestinamente. Por tanto, se exige menos que en el "peligro de fuga" del § 112 II n.º 2 StPO, que requiere una valoración de las circunstancias del caso concreto. Según una opinión minoritaria [31], el término "sospecha de fuga" en el § 127 I 1 StPO es un error de redacción, y lo correcto es requerir aquí también un peligro de fuga en el sentido del § 112 II n.º 2 StPO, ya que no es posible que a un particular le esté permitido más que a un funcionario debidamente instruido. Pero no se puede compartir esta posición, porque la

---

[29] Cfr. al respecto Borchert, JA 1982, 340 s.

[30] Polémico: de otra opinión p.ej. Jakobs, AT², 16/17.

[31] Defendida sobre todo por L./R.²⁴-Wendisch, § 127, nm. 20 s.; para referencias exactas sobre el estado de la discusión cfr. Borchert, JA 1982, 344.

"decisión en el momento condicionada por la situación" [32], que se requiere en el § 127 I 1 StPO, no permite la ponderación de todas las circunstancias del caso concreto, que con razón se requiere para el caso de la orden de arresto; por tanto, tiene pleno sentido la diferencia en la terminología legal. En cuanto a la otra alternativa prevista en el § 127 I 1 StPO, la imposibilidad de comprobación de la identidad, se dará sobre todo si la persona sorprendida en delito flagrante no lleva consigo ningún carnet o documento identificativo o se niega a mostrarlo; naturalmente la situación será distinta si quien detiene conoce personalmente al autor y sabe dónde vive. La posibilidad de anotar el número de matrícula del vehículo no es suficiente, porque de ese número no se puede obtener una conclusión segura sobre la identidad personal del conductor.

27

El § 127 I 1 StPO sólo justifica la realización de tipos que normalmente son imprescindibles para efectuar una detención, o sea, lesiones leves al sujetar fuertemente al detenido, la privación de libertad deteniendo o en su caso encerrando o esposando al sujeto, y las coacciones que supone el forzarle a acompañar al captor a comisaría. En cambio, según sostiene correctamente la doc. dom., no está permitido causar daños en la salud (p.ej. apalear a la persona a quien se va a detener), y menos aún el empleo de armas contundentes, blancas o de fuego. Como tampoco puede un policía, para detener provisionalmente a un motorista, derribarlo conscientemente con su vehículo, causándole lesiones dolosas [33]. Otro sector admite también un empleo más amplio de la violencia dentro del marco de la proporcionalidad, y para los delitos más graves incluso el uso de armas de fuego [34]. Pero resulta excesivo permitirle a un particular intervenciones tan graves, máxime si se tiene en cuenta que a veces la víctima podría ser un inocente (nm. 23 ss.). Pero si el sujeto se defiende a su vez contra la detención y emplea violencia contra quien le va a detener, éste tendrá derecho a la legítima defensa, que si es necesario autoriza también el uso de armas. En cambio, es lícito el empleo de medios que sean menos lesivos que la detención física y la puedan hacer innecesaria (p.ej. quitarle al sujeto su carnet de identidad o las llaves de contacto del vehículo [35]) [36].

---

[32] Borchert, JA 1982, 344.

[33] BayObLG NStZ 1988, 518, con Com. de Molketin, NStZ 1989, 488.

[34] L./R.[24]-Wendisch, § 127, nm. 29; KMR[8]-Müller, § 127, nm. 16; KK-StPO[3]-Boujong, § 127, nm. 28; BGH MDR (H) 1979, 985 s. De todos modos la jurispr. antigua tiene declarado que en el caso normal no se puede plantear el uso de armas de fuego.

[35] En contra, Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO und zum GVG, Nachträge und Ergänzungen zu Teil II, 1967, § 127, nm. 26, que lo considera un decomiso prohibido. Sin embargo, no se trata realmente de un comiso, sino de una desposesión por breve tiempo.

[36] Sobre las facultades de detención del soldado en el marco del § 17 WDO, cfr. Lingens, NZWehrR 1985, 18, y Klett, NZWehrR 1986, 1.

II. El derecho de autotutela [37]

28 Según el § 229 BGB, no actuará antijurídicamente "quien, con finalidad de autotutela, sustraiga, destruya o dañe una cosa, o... detenga a un deudor" ante la sospecha de su fuga, o elimine su resistencia, "si no se puede conseguir a tiempo el auxilio de la autoridad y sin una intervención inmediata existe el peligro de que se frustre o se dificulte considerablemente la realización de la pretensión". "La autotutela no puede exceder de lo necesario para evitar el peligro" (§ 230 I BGB) [38]. El supuesto más importante en la práctica es el de que una persona se encuentre en la calle por casualidad a un deudor, cuyo nombre y dirección no conoce, y recurra entonces a la autotutela (o autoauxilio) antes de que el otro desaparezca para no volverlo a ver nunca. Por tanto, si p.ej. el propietario se encuentra inesperadamente al ladrón, que lleva consigo la cosa que le había hurtado, y la policía no se encuentra allí en ese momento, podrá "detener" al ladrón que sale huyendo, o "sustraerle" la cosa hurtada, o en su caso "eliminar su resistencia". Para ello sólo se puede emplear la violencia en la misma medida en que también se permite en el § 127 I 1 StPO; por consiguiente, está prohibido p.ej. causar fracturas óseas o poner incluso en peligro la vida del deudor (RGSt 69, 308). No obstante, si el deudor ofrece resistencia activa, p.ej. sacando un cuchillo para usarlo contra el acreedor, éste tendrá pleno derecho a la legítima defensa.

29 Sin embargo, el derecho de autotutela no pretende la satisfacción, sino sólo el aseguramiento del acreedor. Por tanto, si bien es cierto que el acreedor puede en su caso sustraerle al deudor el dinero que le debe, no puede apropiárselo sin más, sino que tendrá que conseguir una ejecución forzosa o solicitar el embargo (§ 230 II BGB; BGHSt 17, 89 s.). Ahora bien, la cuestión de si ello rige también cuando el acreedor —como sucede frente al ladrón de una cosa suya— tiene un derecho inmediato a la posesión, es bastante polémica en Derecho civil. Tampoco se puede utilizar el derecho de autotutela para salvar las dificultades que implicaría probar la propia pretensión ante el tribunal; pues ello supondría "conceder ventajas..., que no se habrían podido lograr por la vía judicial —que en principio es la prescrita—" (BGHSt 17, 331) [39]. Sobre detalles concretos sobre las sumamente difíciles cuestiones civiles previas hay que remitir a las exposiciones de Derecho civil. La jurispr. reciente pone de manifiesto que incluso en casos sencillos de la vida cotidiana es difícil encontrar una solución satisfactoria por medio del § 229 BGB. Tanto el caso "de la pechuga de pato" (al cliente de un restaurante le parece demasiado pequeña la pechuga de pato que se le había servido y, al pretender abandonar el local sin pagar y cerrarle el paso la camarera, la aparta violentamente causándole lesiones) [39a], como el caso "del taxista" (un cliente no tiene dinero, se niega también a dar sus datos personales y se defiende con fuertes golpes contra el taxista que pretende retenerle) [39b],

---

[37] Monografía específica sobre la materia: W. B. Schünemann, Selbsthilfe im Rechtssystem, 1985.

[38] Sobre la observancia del principio de proporcionalidad cfr. OLG Stuttgart NJW 1984, 1694; BayObLG MDR 1986, 956.

[39] Cfr. tb. OLG Schleswig NStZ 1987, 75, con Com. de Hellmann, NStZ 1987, 455 (sobre un caso de recuperación de la posesión tras utilizar vías de hecho prohibidas).

[39a] BayOblG NStZ 1991, 133; al respecto Schroeder, JZ 1991, 682; Laubenthal, JR 1991, 519; Joerden, JuS 1992, 23; Duttge, Jura 1993, 416.

[39b] OLG Düsseldorff, NJW 1991, 2716; al respecto Scheffler, Jura 1992, 352.

siguen siendo objeto de discusión. Lo razonable parece considerar amparada por el § 229 BGB al menos la retención para comprobar los datos personales [39c].

Otros derechos de autotutela se regulan en el BGB en sus §§ 561, 581 II, 704, 859 II-IV, 860, 910, 962 y 1029. No obstante, estos preceptos no requieren la imposibilidad de conseguir la ayuda de la autoridad, por lo que no son casos de actuación *pro magistratu* en el sentido estricto del término. 30

D. El derecho de corrección

Bibliografía: Havenstein, Das Züchtigungsrecht des Lehrers, GA 51 (1904), 241; J. Kaufmann, Das Züchtigungsrecht der Eltern und Erzieher, 1910; Voltz, Die Züchtigung fremder Kinder und die Versuche ihrer Rechtfertigung, ZStW 50 (1930), 339; Würtenberger, Zur strafrechtlichen Bedeutung des Züchtigunngsrechtes des Lehrers, DRZ 1948, 291; Redelberger, Das Züchtigungsrecht des Lehrers, NJW 1952, 1158; v. Kopp, Zum Urteil des BGH über das Züchtigungsrecht der Lehrer, JZ 1955, 319; Redelberger, Das Züchtigungsrecht des Lehrers, NJW 1955, 1303; Bruns, Zur strafrechtlichen Diskussion über das Züchtigungsrecht des Lehrers, JZ 1957, 410; Friebe, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Lehrers, ²1958; Stettner, Die strafrechtliche Problematik der körperlichen Züchtigung, 1958; Eb. Schmidt, Bemerkungen zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Frage des Züchtigungsrechtes der Lehrer, JZ 1959, 518; Kienapfel, Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht, 1961; Hirsch, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962), 78; Karstendiek, Nochmals: Züchtigungsrecht heute, DRiZ 1975, 333; Schneider, Züchtigungsrecht heute!, DRiZ 1975, 149; Petri, Abschaffung des elterlichen Züchtigungsrechts, ZRP 1976, 64; Jung, Das Züchtigungsrecht des Lehrers, 1977; Thomas, Die gerechtfertigte Züchtigung?, ZRP 1977, 181; Vormbaum, Zur Züchtigungsbefugnis von Lehrern und Erziehern, JR 1977, 492; Hirsch, Recens. de Jung, Das Züchtigungsrecht des Lehrers (1977), ZStW 90 (1978), 969; Rüping/Hüsch, Abschied vom Züchtigungsrecht des Lehrers, GA 1979, 1; Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; Spendel, Rechtsbeugung im Jugendstrafverfahren, JR 1985, 485; Hellmann, Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1987; Schneider, Körperliche Gewaltanwendung in der Familie, 1987; Trube-Becker, Gewalt gegen das Kind, ²1987; Wagner, Die Rechtsprechung zu den Straftaten im Amt seit 1975, JZ 1987, 594, 658; Schwind/Baumann y otros (eds.), Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt, t. I-IV, 1990; Schwind/Winter, Die (Anti-)"Gewaltkommission" der Bundesregierung, NStZ 1990, 105.

El derecho de corrección se plantea como posible causa de justificación no sólo respecto de las lesiones (en los azotes o golpes), sino también p.ej. respecto de las detenciones (encierro) o coacciones (obligar a disculparse, a reparar, o casos similares). La cuestión de si y hasta qué punto existe tal derecho es sumamente polémica. 31

I. El derecho de corrección en el ámbito privado

La op. dom. considera admisible la corrección o castigo en el ámbito familiar por razones educativas frente a los hijos menores. Si consiste en azotes o golpes, será una conducta típica, pero justificada, mientras no provoque daños a la salud y no se produzca de modo denigrante o humillante. Para los padres, el derecho de corrección se deriva del § 1631 BGB (es decir, del derecho 32

[39c] Para más detalles sobre los problemas de los §§ 229 y 230 BGB cfr. tb. Volk, JR 1980, 251.

general de educación de los hijos), y respecto de la madre de un hijo extramatrimonial, de los padres adoptivos y del tutor, del mismo precepto e.r.c. los §§ 1705, 1754 y 1800 BGB [40]. En cambio, los padrastros (y madrastras) no tienen por derecho propio ninguna facultad de corrección respecto del hijastro, porque sólo son parientes por afinidad de éste (§ 1590 BGB).

33 La opinión que sostiene que un castigo físico realizado con fines educativos no constituye maltrato de obra, y por tanto ya no es ni siquiera típico conforme al § 223 [41], no se puede compartir [42]. En efecto, el § 223 protege el bienestar físico, y como un castigo precisamente lo va a menoscabar, el mismo realiza el tipo del delito; que producir así dolor esté autorizado por el fin perseguido, no es más que una cuestión de justificación. Y efectivamente hay que admitir dicha justificación [43]: es cierto que la ley no dice expresamente que el derecho de educación incluya el derecho a un castigo corporal moderado, y que sería pedagógicamente deseable que se renuncie al castigo corporal como medio de educación familiar; pero sería desconocer la realidad de la vida suponer que en las condiciones sociales y psicológicas actualmente existentes todos los padres iban a poder arreglárselas prescindiendo completamente de acudir a las manos como método educativo. Si se quisiera movilizar aquí al Derecho penal por cada bofetada motivada por faltas graves, serían más las familias destrozadas que las pacificadas [44].

34 Sin embargo, el derecho de corrección dentro de la familia sólo es tolerable si la causación de heridas sangrantes, hematomas y similares se castiga como abuso del derecho de corrección conforme al § 223 b, exactamente igual que los castigos degradantes, expresamente prohibidos por el § 1631 II BGB (p.ej. patadas, un corte de pelo que afee el aspecto, atar y golpear al menor, u obligarle a quedarse completamente desnudo) [45]; y a ello habrá que añadir

---

[40] En contra de tal derivación Schneider, 1987, 203 ss. Asimismo, Günther, 1983, 177, y Hellmann, 1987, 182 ss., tampoco consideran decisivos para el Derecho penal los preceptos jurídico-civiles, pero de ahí no extraen la consecuencia de que sea punible la corrección paterna, sino que postulan la existencia de una causa autónoma de exclusión del injusto penal, que iría más lejos que el Derecho de familia. Según esto, no todo "exceso... respecto de las facultades educativas del Derecho de familia que sea penalmente típico" puede "conducir a la punibilidad" (Günther, 177); aunque un castigo no esté cubierto por las "facultades educativas del Derecho de familia", pese a todo no tiene necesariamente que ser "penalmente antijurídico" (Hellmann, 183).

[41] Würtenberger, DRZ 1948, 241; Eb. Schmidt, JZ 1959, 519; Kienapfel, 1961, 101 ss.

[42] Op. absolutamente dom.; cfr. BGHSt 6, 264; 11, 242 s.; BGH JZ 1988, 617, con Com. de Reichert-Hammer. Argumentos contundentes en contra, p.ej. en Hirsch, ZStW 74 (1962), 111 ss.; Jung, 1977, 20 ss.; Rüping/Hüsch, GA 1979, 1 ss.

[43] Decididamente a favor de la "abolición del derecho de corrección paterno" Petri, ZRP 1976, 64; Schneider, 1987, 208 ss., con una detenida fundamentación psicológico-social y criminológica (¡§ 223 b StGB!).

[44] Reichert-Hammer, JZ 1988, 622, propone admitir en tales casos la existencia de un "espacio fuera del Derecho".

[45] La sent. BGH StrV 1988, 62 (con Com. de Rolinski rechazándola), no considera aún degradante castigar con una manguera de jardín a una niña de ocho años.

también los golpes que se propinen sin un motivo (causa) razonable. Dicha limitación objetiva del derecho de corrección es preferible a la extendida opinión que hace depender la justificación de que "motivos pedagógicos" hayan sido "decisivos para el castigo" [46]. Pues los motivos últimos del que castiga escapan a la comprobación judicial si existía un motivo (causa) suficiente para el castigo y éste se ha mantenido dentro de los límites objetivamente admisibles [47]. Y además, los partidarios del requisito del "motivo pedagógico" en el fondo prescinden ya del mismo cuando reconocen que el enfado y la cólera como motivos del castigo no excluyen la justificación [48]. Por otra parte, si una persona "azota con un látigo a una muchacha cuya guarda tenía encomendada y a la que había exigido que se desvistiera" (BGHSt 13, 138), esto constituye ya objetivamente una conducta degradante y nunca justificable; y por tanto, no hubieran hecho la menor falta las sutiles consideraciones del BGH en el sentido de que incluso un fin educativo que esté en primer plano es insuficiente para la justificación si en el castigo "coopera conscientemente un impulso sexual". Del mismo modo, los motivos sádicos, que a veces desempeñan un papel en los castigos, suelen manifestarse en acciones sádicas; pero entonces éstas deben castigarse como tales y no en primera línea por su motivación. Sobre la problemática de los elementos subjetivos de justificación desde una perspectiva básica cfr. § 14, nm. 91 ss.

En 1987 el Gobierno federal creó una "Comisión sobre la violencia", siguiendo ejemplos extranjeros [49], que presentó sus conclusiones en enero de 1990 [50]. En el ámbito del derecho de corrección se propone que se introduzca la "prohibición del castigo" en el § 1631 II BGB [51], lo que se debe flanquear con medidas de apoyo, como son, entre otras, educar a los padres para la no violencia y la conducta pro-social, combatir los factores de estrés social y completar la protección de la víctima (mejoras en el reconocimiento de las víctimas, precisión legal de los derechos de denuncia por parte de los médicos y otros grupos profesionales, garantizar recursos rápidos para proteger a la víctima en casos de crisis familiares agudas, creación de los denominados "centros de protección infantil") [52]. Estas propuestas deben acogerse favorablemente. No obstante, por las razones indicadas en nm. 33, hay que poner en duda que la punibilidad que resultaría de una prohibición expresa del castigo para los padres que lo emplearan sea en todo caso adecuada y practicable; y también la Comisión se da cuenta de ello y aboga por "ayuda en vez de pena". Un Proyecto de ley del Gobierno federal, de 3-12-1993 (BTDrucks. 12/6343), prevé una nueva redacción del § 1631 II BGB, del siguiente tenor: "Son ilícitos los malos tratos físicos y psíquicos y otras medidas degradantes". Sin embargo, en la fundamentación se dice (loc. cit., p. 12) que no se ha pretendido "ampliar... las conminaciones penales ya existentes"; por ello no se ve qué ventajas tiene esa regulación nada clara. 35

---

46 LK[10]-Hirsch, § 223, nm. 30.

47 Igual Sch/Sch/Eser[24], § 223, nm. 24; Jakobs, AT[2], 16/33.

48 BGH GA 1963, 82; BayObLG NJW 1979, 1373; OLG Hamm NJW 1956, 1690.

49 Así USA (1968); Francia (1976).

50 Schwind/Baumann y otros (eds.), Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt, t. I-IV, 1990. Sobre el "encargo, modo de trabajo y conclusiones" de la comisión informan tb. Schwind/Winter, NStZ 1990, 105.

51 Endgutachten der Gewaltkommission, loc. cit. en n. 50, t. I, 157 s., 183, 280 s.

52 Endgutachten der Gewaltkommission, loc. cit. en n. 50, t. I, 159 ss., 183 ss., 281 ss.

36 No existe un derecho de corrección de niños ajenos, ni siquiera aunque se trate de castigar *in situ* faltas graves. La opinión contraria, antes bastante defendida por los Tribunales Superiores de los Länder y también en la doctrina, actualmente ya no encuentra partidarios, y con razón: la corrección o castigo es una facultad sumamente personal de quien tiene el derecho de educación, y por eso no es admisible querer concederla contra su voluntad sobre la base de un presunto interés público "conforme al § 679 BGB" [53]. A lo sumo se podrá plantear una justificación basada en el consentimiento presunto de los padres, pero sólo en el caso excepcional de que existan puntos de apoyo concretos para presumir su aprobación (cfr. para más detalles § 18, nm. 23). Evidentemente, lo que siempre subsiste es la posibilidad de legítima defensa: por tanto, quien sea agredido por unos niños, puede defenderse a golpes si es necesario; pero hay que respetar las restricciones ético-sociales del derecho de legítima defensa frente a niños (cfr. § 15, nm. 55 ss.). Y dentro de esos límites también cabe legítima defensa de terceros: por tanto, si alguien presencia cómo unos niños tiran piedras a una anciana y les amonesta y advierte sin éxito, puede echarlos de allí a bofetadas; pero ése no es un supuesto del derecho de corrección, sino del § 32.

37 El derecho de corrección como tal, debido a su carácter sumamente personal, no es transmisible, pero sí su ejercicio dentro del marco de situaciones específicas de guarda y custodia (BGHSt 12, 67 s.). Por consiguiente, si los padres dejan a su hijo durante su ausencia al cuidado de unos vecinos, también pueden darles permiso a éstos para castigar a su hijo si comete faltas graves. Y lo propio sucede respecto de "niñeras, encargadas de guarderías infantiles, educadores y personas en posiciones similares" (BGHSt 12, 68), y sobre todo también respecto de los padrastros, que por derecho propio no tienen ninguna facultad de corrección (cfr. nm. 32). Sin embargo, la facultad de corrección no va ya incluida en el acto de encomendar y transmitir determinados cometidos educativos, sino que ha de ser otorgada específicamente (RGSt 76, 3). Asimismo, la transmisibilidad de su ejercicio presupone que la persona del educador atienda cometidos cuasipaternos; por eso no se podrá autorizar una transmisión a los maestros y profesores en los colegios públicos, porque con ello se ampliarían de modo inadmisible las facultades oficialmente concedidas al maestro [54] y porque sería intolerable que dentro de una misma clase se ejerciera de modo distinto la facultad de corrección frente a los alumnos [55]. Sí que se admite que hay una transmisión legal del ejercicio del derecho de corrección en el marco de la educación tutelar [56]. En cambio, habrá en todo

[53] Así todavía Welzel, StrafR[11], § 14 V *in fine*.
[54] BGHSt 12, 69 s. (reconociendo algunas excepciones, en las que un maestro también puede ejercer el poder de educación paterno).
[55] Maurach/Zipf, AT/1[8], 28/30.
[56] Cfr. para más detalles LK[10]-Hirsch, § 223, nm. 23, indicando los fundamentos legales.

caso un delito de lesiones (así como prevaricación) si un Fiscal de menores impone castigos físicos a chicos jóvenes que ya han cumplido la mayoría de edad penal y a continuación suspende el procedimiento instructorio [57]; y ello no cambiaría en nada por un eventual "consentimiento" de los jóvenes o de sus padres, primero porque no se le pueden conferir de ese modo al Ministerio fiscal posibilidades de sanción legalmente vedadas, y además porque un "consentimiento" coaccionado por la amenaza de castigo sería inválido sin más (cfr. § 13, nm. 78 ss.).

II. ¿Derecho de corrección del maestro?

Por el contrario, hoy en día ya no se puede reconocer un derecho de corrección del maestro o profesor en los colegios públicos. El Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich) había derivado directamente dicho derecho de corrección del cometido educativo del maestro [58]. Y el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal) al principio había puesto en duda su subsistencia (BGHSt 6, 263), pero luego en BGHSt 11, 241, admitió un derecho de corrección de Derecho consuetudinario, que tampoco podía ser derogado por reglamentos administrativos en sentido contrario. Según esta posición, tal derecho existiría frente a los niños en la primera fase escolar y podría justificar azotes con la vara o también bofetadas moderadas; en cambio, no se les concedía derecho de corrección a los instructores de formación profesional (BGHSt 12, 62), ni a los capataces o patronos ni a los religiosos. Al principio la jurispr. se adhirió a esa sentencia [59]. Pero posteriormente, BGH NJW 1976, 1949 s., reconoció que la crítica que le había formulado la doctrina a la jurisprudencia tenía "poderosas razones en contra", aunque la sentencia deja planteada la cuestión de la subsistencia del derecho de corrección, porque en todo caso había que admitir que el maestro inculpado estaría en un error de prohibición invencible a la vista de la jurispr. anterior. 38

Entretanto, el derecho de corrección del maestro ya no cuenta con ningún partidario en la doctrina [60]. E incluso diversos Länder han derogado legalmente el derecho de corrección del maestro (Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Bayern), y los restantes probablemente seguirán más pronto o más tarde esa decisión, por lo que entonces el problema resultará ya obsoleto por esa razón. Pero al margen de ello, en los 39

[57] BGHSt 32, 357; sobre ella Spendel, JR 1985, 485.

[58] Cfr. BGHSt 6, 263 (269), que ofrece una instructiva visión de conjunto de la evolución histórica del derecho de corrección.

[59] BGHSt 14, 152; BGH GA 1963, 82; y numerosas sentencias de los Tribunales Superiores de cada Land: la última, BayObLG NJW 1979, 1371.

[60] Por lo que está de más reproducir en detalles las críticas formuladas contra la tesis del derecho consuetudinario.

Länder que no han aprobado una prohibición legal tampoco existe (o al menos ya no existe) un derecho de corrección del maestro. En efecto, en primer lugar, según el art. 2 II GG, "sólo sobre la base de una ley" se puede atacar el derecho a la integridad corporal; y el derecho consuetudinario precisamente no es una ley. Por ello, el intento de BGHSt 11, 250, de eludir esta problemática considerando que los golpes no vulneran la integridad corporal, no se puede calificar de afortunada a la vista del tenor literal y la finalidad de la Ley Fundamental. Pero además, en segundo lugar, ocurre que la vigencia en Derecho consuetudinario del derecho de corrección, que con seguridad se daba en las décadas anteriores, entretanto ha sido derogada por un Derecho consuetudinario en sentido opuesto; pues una conducta que en numerosos Länder ha sido prohibida por ley y en los restantes al menos lo ha sido por reglamentos administrativos, y que además es actualmente rechazada casi unánimemente por profesores y padres, pedagogos y psicólogos, no puede apoyarse en un reconocimiento de Derecho consuetudinario. Y tampoco la jurisprudencia podrá sustraerse ya por mucho tiempo a esa consecuencia.

40 Ciertamente, el maestro tiene derecho a la legítima defensa, que en caso necesario puede legitimar incluso correcciones físicas, pues no obsta a ello su cualidad de representante de la autoridad (cfr. § 15, nm. 89 ss.). Pero en la práctica, el hecho de que un maestro pegue a un alumno sólo se podrá justificar por legítima defensa en contados casos excepcionales (como pueden ser los de agresión física por parte de un alumno), ya que esa conducta sólo será "necesaria" cuando fallen todas las medidas de orden previstas en la regulación jurídica de centros escolares. Y además, el derecho de legítima defensa está sometido a restricciones ético-sociales (cfr. § 15, nm. 51 ss.), que sólo en casos muy serios serán compatibles con una devolución del golpe por parte del maestro.

41 Günther [61] admite un "privilegio educativo del maestro", que sería una "genuina (o propia) causa de exclusión del injusto penal", que excluye la punibilidad de los castigos moderados con fines educativos, y ello incluso cuando el castigo corporal esté expresamente prohibido por la ley. Pero esta posición no se puede compartir: pues —prescindiendo de la reprobación de las normas escolares— la misma supondría rebajar de modo indeseable el dintel de la represión del castigo corporal, perpetuando así la insatisfactoria situación jurídica anterior; y además, tampoco cabe eludir las consecuencias del art. 2 II GG mediante una sustitución de la justificación por una exención de pena *praeter legem*.

E. La autorización oficial

Bibliografía: Goldmann, Die behördliche Genehmigung als Rechtfertigungsgrund, tes. doct. Freiburg, 1967; Laufhütte/Möhrenschlager, Umweltstrafrecht in neuer Gestalt, ZStW 92 (1980), 912; Heinz, Probleme des Umweltstrafrechts im Spiegel der Literatur, NStZ 1981, 253; Horn, Strafbares Fehlverhalten von Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden?, NJW 1981,

[61] Günther, 1983, 355 ss.

1; Ostendorf, Die strafrechtliche Rechtmäßigkeit rechtswidrigen hoheitlichen Handelns, JZ 1981, 165; Geisler, Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltrecht, NJW 1982, 11; Rudolphi, Probleme der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Amtsträgern für Gewässerverunreinigungen, Dünnebier-FS, 1982, 561; Horn, Umweltschutz-Strafrecht: eine After-Disziplin?, UPR 1983, 362; Arm. Kaufmann, Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, Klug-FS, 1983, 277; Möhrenschlager, Neue Entwicklungen im Umweltstrafrecht des Strafgesetzbuches, Natur und Recht 1983, 209; Rudolphi, Primat des Strafrechts im Umweltschutz, NStZ 1984, 193, 248; Dölling, Umweltstraftat und Verwaltungsrecht, JZ 1985, 461; Winkelbauer, Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, 1985; Frank, Strafrechtliche Relevanz rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungshandelns - erläutert am Beispiel der Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB), tes. doct. Berlin, 1986; Hübenett, Rechtswidrige behördliche Genehmigung als Rechtfertigungsgrund - ein gelöstes strafrechtliches Problem?, tes. doct. Bonn, 1986; Hüwels, Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechtliche Zurechnung, 1986; Papier, Zur Disharmonie zwischen verwaltungs- und strafrechtlichen Bewertungsmaßstäben im Gewässerstrafrecht, Natur und Recht 1986, 1; Schünemann, Die Strafbarkeit von Amtsträgern im Gewässerstrafrecht, wistra 1986, 235; Franzheim, Die Umgrenzung der wasserrechtlichen Einleitungserlaubnis als Rechtfertigungsgrund des Straftatbestandes der Gewässerverunreinigung, NStZ 1987, 437; Hallwaß, Die behördliche Duldung als Unrechtsausschließungsgrund im Umweltstrafrecht, tes. doct. Kiel, 1987; Hallwaß, Rechtmäßigkeit behördlich geduldeter Umweltbeeinträchtigungen?, Natur und Recht 1987, 296; Kühl, Probleme der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts, insbesondere im Umweltstrafrecht, Lackner-FS, 1987, 815; Lenckner, Behördliche Genehmigungen und der Gedanke des Rechtsmißbrauchs im Strafrecht, Pfeiffer-FS, 1987, 27; Rudolphi, Strafrechtliche Verantwortlichkeit für Gewässerverunreinigungen, Lackner-FS, 1987, 863; Tiessen, Die "genehmigungsfähige" Gewässerverunreinigung, tes. doct. Kiel, 1987; Wüterich, Die Bedeutung von Verwaltungsakten für die Strafbarkeit wegen Umweltvergehen (§§ 324 ff. StGB), NStZ 1987, 106; Bloy, Straftaten gegen die Umwelt, ZStW 100 (1988), 485; Breuer, Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen aber nicht genehmigten Verhaltens, 1988; Breuer, Empfehlen sich Änderungen des strafrechtlichen Umweltschutzes insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht?, NJW 1988, 2071; Dahs/Pape, Die behördliche Duldung als Rechtfertigungsgrund im Gewässerstrafrecht, NStZ 1988, 393; Dolde, Zur Verwaltungsakzessorietät von § 327 StGB, NJW 1988, 2329; Franzheim, Der Überwachungswert im Strafrecht - ein brauchbares Instrument, NStZ 1988, 208; Franzheim, Die Bewältigung der Verwaltungsrechtsakzessorietät in der Praxis, JR 1988, 319; Hermes/Wieland, Die staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens, 1988; Holthausen, Die Strafbarkeit der Ausfuhr von Kriegswaffen und sonstigen Rüstungsgütern, NStZ 1988, 206, 256; Horn, Bindung des Strafrechts an Entscheidungen der Atombehörde?, NJW 1988, 2335; Winkelbauer, Die behördliche Genehmigung im Strafrecht, NStZ 1988, 201; Winkelbauer, Atomrechtliches Genehmigungsverfahren und Strafrecht, NJW 1988, 571; Winkelbauer, Die Verwaltungsabhängigkeit des Umweltstrafrechts, DÖV 1988, 723; Ensenbach, Probleme der Verwaltungsakzessorietät im Umweltstrafrecht, 1989; Rademacher, Die Strafbarkeit wegen Verunreinigung eines Gewässers (§ 324 StGB) unter besonderer Berücksichtigung der behördlichen Genehmigung als Rechtfertigungsgrund, 1989; Rengier, Die öffentlich-rechtliche Genehmigung im Strafrecht, ZStW 101 (1989), 874; Gentzke, Informales Verwaltungshandeln und Umweltstrafrecht, 1990; Heine, Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, NJW 1990, 2425; Wasmuth/Koch, Rechtfertigende Wirkung der behördlichen Duldung im Umweltstrafrecht, NJW 1990, 2434; Heine, Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, en: Schulz (ed.), Ökologie und Recht, 1991, 55 ss.; Heine, Die Verwaltungsakzessorietät im deutschen Umweltstrafrecht, ÖJZ 1991, 370; Schmitz, Verwaltungshandeln und Strafrecht, 1992; Bergmann, Zur Strafbewehrung verwaltungsrechtlicher Pflichten im Umweltstrafrecht etc., 1993; Frisch, Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht, 1993; Marx, Die behördliche Genehmigung im Strafrecht, 1993; Schwarz, Zum richtigen Verständnis der Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, GA 1993, 318 ss.; Wimmer, Strafbarkeit des Handelns aufgrund einer erschlichenen behördlichen Genehmigung, JZ 1993, 67.

42 La autorización (o permiso) de la autoridad desempeña un papel considerable sobre todo en el Derecho penal accesorio, pero también en el StGB, y sin embargo durante mucho tiempo no se le ha prestado la suficiente atención a su peculiaridad jurídica. Sólo la creciente importancia del Derecho penal ambiental (§§ 324 ss.), que en gran medida hace depender la punibilidad de la ausencia de autorizaciones conforme al Derecho administrativo (la denominada accesoriedad administrativa [62]), ha situado la autorización oficial (o de la autoridad) en medio de la actualidad candente del interés de la dogmática jurídicopenal [63]. No obstante, aún se encuentra en sus comienzos la elaboración científica de esta materia; y aquí sólo cabe un tratamiento superficial, porque la mayoría de las autorizaciones administrativas excluyen, no sólo la antijuridicidad, sino ya el tipo, y sólo pueden interpretarse en sus múltiples diferencias partiendo del contexto de los preceptos de la Parte especial.

43 El hecho de que la autorización oficial puede ser tanto causa de justificación como de atipicidad ya se ha mencionado en el marco de la teoría del tipo (§ 10, nm. 32). En primer lugar excluye el tipo en los casos en que —de modo correlativo al "acuerdo (o asentimiento)" (cfr. § 13, nm. 2)— la actuación contra la voluntad de la autoridad es presupuesto del tipo. Así, la autorización para gastar fondos públicos excluye la vulneración de un deber de cuidar el patrimonio ajeno en el sentido del § 266 [administración desleal], y el permiso para entrar en instalaciones o establecimientos públicos excluye la intrusión o allanamiento en el sentido del § 123 [64].

44 Pero la autorización oficial también opera excluyendo el tipo en el caso de las denominadas prohibiciones preventivas con reserva de permiso, en las que la conducta en cuestión está en sí socialmente aceptada y el deber de autorización sólo sirve para un control preventivo respecto de posibles peligros. Así p.ej. la conducción de un automóvil con autorización oficial (¡permiso de conducir!) es atípica, y en cambio, sin la misma es punible (§ 21 StVG). Y el extranjero que penetra en el territorio nacional sin pasaporte, incurre en responsabilidad en virtud del § 47 AuslG, mientras que si lo hace con pasaporte válido, ni siquiera realiza el tipo. O quien tenga permiso del Centro Federal de Salud para traficar con estupefacientes (§ 3 BtMG), no realizará los tipos de los delitos relativos a drogas. E igualmente, la utilización pacífica de la energía nuclear no realiza tipo alguno si concurre "la necesaria autorización" (§ 327).

---

[62] Monografías: Winkelbauer, 1985; Ensenbach, 1989; Marx, 1993; artículo de síntesis (y también de Derecho comparado): Heine, NJW 1990, 2425.

[63] De la abundante bibliografía reciente cabe citar: Rudolphi, NStZ 1984, 193, 248; idem, Lackner-FS, 1987, 880 ss.; Dölling, JZ 1985, 461; Winkelbauer, NStZ 1988, 201; Rengier, ZStW 101 (1989), 874.

[64] Winkelbauer, NStZ 1988, 201.

Pero incluso en los casos de las denominadas prohibiciones represivas con reserva de permiso, en las que sólo excepcionalmente se autoriza una conducta desaprobada por regla general, la autorización da lugar a la exclusión del tipo cuando se concede la autorización oficial si en el caso concreto están excluidos los peligros normalmente existentes [65]. Así p.ej., si la autoridad autoriza la aceptación de un regalo por un funcionario (§ 331 III), ésta es atípica, y no se trata de una acción típica justificada. 45

De este modo, para la autorización oficial como causa de justificación nos quedan en lo sustancial aquellos casos de prohibiciones represivas con reserva de permiso en las que una conducta en sí dañina e indeseada se justifica en atención a otros intereses preponderantes. Así ocurre, según la op. dom., en el caso del § 284, en el que el aprovechamiento de la pasión por el juego, en principio desaprobado, se acepta por intereses fiscales preponderantes (cfr. § 10, nm. 32). Igualmente, la posesión privada de armas, en principio punible (§ 53 I n.° 3, 3 a WaffG), implica siempre un cierto peligro, y por eso será típica aunque conforme al § 32 WaffG la misma sea autorizada y justificada sobre la base de una "necesidad". Y aunque se autorice oficialmente la exportación de bienes culturales registrados (§§ 16 I a, 1 IV KultgSchG), ello no cambia para nada el hecho de que se da un menoscabo típico del patrimonio cultural, que sólo se justifica porque en el caso concreto son preponderantes los intereses vendedores del propietario. 46

La importancia práctica de la cuestión de si la autorización oficial excluye el tipo o constituye sólo una causa de justificación reside en los supuestos de vicios de la voluntad en el ámbito de la autoridad [66]. Según la op. dom., el aprovecharse de una autorización oficial obtenida mediante engaño o amenazas constituye un abuso del derecho, por lo que será punible la conducta del autor aunque conforme al Derecho administrativo la autorización no sea nula, sino sólo anulable. Otros autores proponen aplicar también esa solución cuando se haya sobornado a la autoridad [67] o en otros casos de cooperación colusiva [68], e incluso en caso de actuación con conocimiento de que el permiso es materialmente antijurídico [69]. Sin embargo, esta construcción es impracticable ya de entrada en los supuestos en que la autorización excluye el tipo [69a]. Así 47

---

[65] Así con razón Winkelbauer, NStZ 1988, 202 s., contra la op. dom.

[66] Fundamental al respecto Lenckner, Pfeiffer-FS 1987, 27; tb. Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 63.

[67] Sch/Sch/Cramer[23], antes del § 324, nm. 17 (ahora en contra en la 24.ª ed., loc. cit.); Horn, NJW 1981, 3; Rudolphi, NStZ 1984, 197.

[68] Dölling, JZ 1985, 469; en contra Sch/Sch/Cramer[24], antes del § 324, nm. 17.

[69] LG Hanau NJW 1988, 571 (576); aprob. Winkelbauer, DÖV 1988, 727; en contra Dolde, NJW 1988, 2333; Horn, NJW 1988, 2335; Holthausen, NStZ 1988, 261. Similar tb. Schmitz, 1992, 58: una autorización antijurídica sólo tendrá excepcionalmente efecto justificante si el vicio del acto administrativo no afecta al bien jurídico medio ambiente.

[69a] Frisch, 1993, 60 ss., afirma que todas las formas de autorización oficial producen como efecto

p.ej., si un sujeto ha conseguido la expedición de su permiso de conducir mediante datos falsos, castigarle por el § 21 StVG vulneraría el principio *nullum crimen sine lege;* pues no se puede decir que haya conducido un vehículo de motor sin tener el necesario permiso (¡lo poseía de forma administrativamente válida!). En cambio, si la autorización es una causa de justificación, se puede defender la construcción del abuso del derecho, porque en ellas el principio *nullum crimen* sólo rige de un modo teleológicamente restringido y sin vincular al tenor literal de la ley [70] (para más detalles § 5, nm. 42) [71].

48 La autorización oficial justificante es un caso especial del § 34 [72]. De ahí se sigue que por regla general no cabe invocar el § 34 junto a o en lugar de la autorización (sobre la concurrencia del § 34 con otras causas de justificación cfr. más detalladamente § 14, nm. 47 ss.); pues la ponderación de intereses que se produce de modo vinculante con la autorización no se puede desquiciar mediante una ponderación diferente en el marco del § 34. La cuestión sólo será distinta cuando haya que realizar una acción típica (p.ej. el derribo de una casa protegida como monumento, pero que de repente amenaza con desplomarse) con tanta premura que ya no se pueda solicitar la autorización [73].

49 Otras reglas se refieren conjuntamente a la autorización como causa de atipicidad y a la justificante. Así, la mera susceptibilidad de autorización, o sea una situación en la que podría o tendría que haberse concedido la autorización, por regla general no basta para la exención de pena, pues se acabaría llevando *ad absurdum* el procedimiento de autorización si se pudiera eludir el mismo invocando la susceptibilidad de autorización. La situación sólo será distinta si la autoridad deniega antijurídicamente una autorización que tendría la obligación de haber concedido [74]. En tal caso se puede admitir la impuni-

---

la exclusión del tipo, por lo que en principio también será atípica la actuación basada en una autorización antijurídica, a no ser que no fuera adecuada y pertinente la confianza del agente en la autorización (pp. 69 ss.). Siguiendo a Frisch, Schwarz, GA 1993, 318 ss.

[70] Lenckner, Pfeiffer-FS, 1987, 39 ss.; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 63, pero sostiene que en ese caso sólo habrá punibilidad si la autoridad revoca la autorización con efecto *ex tunc*. De ese modo se resolvería la contradicción entre la punibilidad y la eficacia de la autorización administrativa. La revocación de la autorización será entonces una condición objetiva de punibilidad (al respecto *infra* § 23).

[71] A favor de la aplicación estricta del art. 103 II GG [principio de legalidad penal] aun en caso de autorización justificante, con razones dignas de consideración, Rengier, ZStW 101 (1989), 888 ss., que de ese modo llega a rechazar totalmente la idea del abuso del derecho en este campo. Wimmer, JZ 1993, 67, sostiene que *de lege ferenda* deben colmarse las lagunas de punición que se derivan de ello, proponiendo preceptos específicos que castiguen la utilización de autorizaciones obtenidas fraudulentamente, o que amplíen el § 11 mediante una disposición que equipare tal actuación a la actuación sin autorización. La evolución de la discusión científica sigue siendo aún fuertemente fluida y sin estar totalmente clarificada.

[72] Para más detalles Winkelbauer, NStZ 1988, 204.

[73] A favor de una aplicación amplia del § 34, LG Bremen NStZ 1982, 164; Generalstaatsanwalt Celle NJW 1988, 2394.

[74] Aún más restrictivo Rengier, ZStW 101 (1989), 902.

dad [75] o al menos, si posteriormente se revoca la denegación del permiso, una causa de supresión de la punibilidad [76, 77].

50 Asimismo, la tolerancia oficial de una conducta en principio tampoco puede sustituir a la autorización [78], ya que una prohibición legal sólo puede ser derogada en la forma legalmente prescrita. No obstante, si la autoridad asegura, de modo vinculante y con un criterio no viciado, que no va a hacer uso de una facultad de prohibición, ello puede equipararse a la autorización [79]. Y además, la tolerancia de una conducta susceptible de autorización frecuentemente dará lugar a un error de prohibición invencible. En la doctrina también se plantea la posible apreciación de una causa de exclusión de la punibilidad, fundamentándola en que en tal caso el contenido de injusto de la acción del sujeto se agota en una infracción formal, de carácter procedimental [80]. Pero nuevamente sucederá que eso no es así cuando, como ocurre en el § 327 [funcionamiento no autorizado de centrales nucleares y otras instalaciones], el contenido criminal de un precepto consista exclusivamente en el hecho de eludir el control garantizado por el procedimiento de autorización. En consecuencia, la posibilidad de una causa de exclusión de la punibilidad sólo se planteará en preceptos como el del § 325 (contaminación del aire y ruidos), si se tolera una conducta que debía ser autorizada y que no provoca ningún peligro típico para el medio ambiente.

51 Tampoco está definitivamente aclarada la cuestión de hasta qué punto la autorización oficial también excluye la responsabilidad penal por la lesión de bienes jurídicos individuales (integridad, propiedad, etc.) que se puede producir con una actuación autorizada oficialmente [81]. Lo que está claro es que debido al riesgo permitido se excluirá la imputación cuando el resultado suponga la realización del riesgo restante cubierto por la autorización, pero que quedará intacta la responsabilidad penal en los casos en que el resultado se deba a una adicional conducta defectuosa del autor. Para ilustrarlo con el ejemplo más sencillo: el titular de un permiso de conducir no es responsable de los resultados que se deriven de los peligros generales del tráfico viario, pero sí de los peligros que se deban a sus propias infracciones de tráfico.

---

[75] Rudolphi, NStZ 1984, 198; Winkelbauer, 1985, 50 ss.; Schmitz, 1992, 80.

[76] Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 62, 130 a; Lenckner, Pfeiffer-FS, 1987, 39 ss.

[77] Diferenciando y abogando incluso en gran medida por la exclusión de la tipicidad Breuer, 1988.

[78] Hallwaß, tes. doct. Kiel, 1987; idem, Natur und Recht, 1987, 296; Hermes/Wieland, 1988; Rengier, ZStW 101 (1989), 905; Wasmuth/Koch, NJW 1990, 2434, que, dentro de límites estrictos, abogan por el efecto justificante de la tolerancia oficial desde el punto de vista del principio de confianza; igualmente Schmitz, 1992, 116 ss., que atribuye efecto justificante a la tolerancia con un criterio no viciado; parcialmente discr. OLG Stuttgart JR 1978, 294, con Com. de Sack.

[79] Winkelbauer, NStZ 1988, 203, n. 29; sobre la posibilidad de un permiso por actos concluyentes cfr. LG Bonn NStZ 1988, 224.

[80] Winkelbauer, NStZ 1988, 203, con ulteriores referencias.

[81] Cfr. al respecto Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 62.

Sobre todo plantean dificultades los supuestos en los que la propia autorización, por excederse del riesgo legalmente admitido, es antijurídica, pero no nula. Si en un caso así la conducta basada en la autorización provoca daños, habrá que afirmar que hay responsabilidad penal si el sujeto era consciente del exceso antijurídico respecto del riesgo tolerable; pues entonces la invocación de la autorización supondrá un abuso del derecho.

§ 18. Causas de justificación por riesgo permitido

Bibliografía: Klug, Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem, Eb. Schmidt-FS, 1961, 249; Oehler, Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit, Eb. Schmidt-FS, 1961, 232; Hirsch, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962), 78; Rehberg, Zur Lehre vom "erlaubten Risiko", 1962; Kienapfel, Das erlaubte Risiko im Strafrecht, 1966; Hardt, Grenzen zulässiger Interessenwahrnehmung unter dem Gesichtspunkt des erlaubten Risikos, tes. doct. Hamburg, 1967; Lenckner, Technische Normen und Fahrlässigkeit, Engisch-FS, 1969, 490; Roeder, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechensaufbau, 1969; Geppert, Rechtfertigende "Einwilligung" des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr?, ZStW 83 (1971), 947; Preuß, Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, 1974; Schmidhäuser, Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung, Schaffstein-FS, 1975, 129; Eser, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Sportlers, insbesondere des Fußballspielers, JZ 1978, 368; Krey, Recens. de Preuß, Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht (1974), ZStW 90 (1978), 189; Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Bockelmann-FS, 1979, 155; Hillenkamp, Risikogeschäft und Untreue, NStZ 1981, 161; Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983; Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; Gössel, Alte und neue Wege der Fahrlässigkeitslehre, Bengl-FS, 1984, 23; Maiwald, Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs "erlaubtes Risiko" fur die Strafrechtssystematik, Jescheck-FS, 1985, 405; Herzberg, Vorsatz und erlaubtes Risiko - insbesondere bei der Verfolgung Unschuldiger (§ 344 StGB), JR 1986, 6; Schaffstein, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit Vollzugsbediensteter für den Mißbrauch von Vollzugslockerungen, Lackner-FS, 1987, 795.

Bajo la rúbrica de causas de justificación por (derivadas del) riesgo permitido se agrupan aquí el consentimiento presunto y la salvaguarda de intereses legítimos (§ 193). Dado que la categoría del riesgo permitido, tanto en su contenido como en su ubicación sistemática, es sumamente discutida y está totalmente sin aclarar [1], es precisa una breve explicación. Por regla general, el riesgo permitido es un factor que excluye ya el tipo delictivo y con ello la imputación al tipo objetivo (cfr. § 11, nm. 55 ss.); pues acciones con riesgo como la participación en el tráfico viario, la construcción de plantas industriales, etc., si cumplen los preceptos legales, están autorizadas de modo general, es decir, sin una ponderación de intereses referida al caso concreto. Pero excepcionalmente hay también causas de justificación en las que, en virtud de una ponderación concreta de los puntos de vista en conflicto, se autoriza la realización de un tipo delictivo corriendo un riesgo. Así, en el consentimiento presunto se puede intervenir en los bienes jurídicos de otro basándose en un consentimiento meramente supuesto y corriendo el peligro de que la voluntad real se oponga al menoscabo de los bienes jurídicos. Y para la "salvaguarda de intereses legítimos" (§ 193) se puede en su caso afirmar o difundir hechos deshonrosos aunque no esté excluida la posibilidad de que no 1

---

[1] Basta confrontar v.gr. las exposiciones de Jescheck, AT[4], § 36; LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 30 ss.; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 11 s. (en referencia a las causas de justificación).

sean ciertos, de tal manera que en caso de conocerse esa circunstancia habría habido una difamación.

2 Sin embargo, no se puede admitir una posición dogmática especial de esas causas de justificación, como se sostiene con cierta frecuencia [2]. Así, contra lo que pueda parecer a primera vista, el pretendido deber de examen diligente de la situación de justificación (cfr. al respecto § 14, nm. 81 ss.) tampoco constituye aquí un requisito de la justificación (para más detalles, nm. 28 s. y 44 s.). Y tampoco se puede decir que, en contraposición al derecho de ingerencia que otorgan las demás causas de justificación, en caso de justificación del riesgo sólo se da una "simple facultad de actuación". Pues aunque es cierto que a quien sepa que el agente parte de suposiciones erróneas habrá que concederle un derecho de evitarlo dentro de los moderados límites del § 34, ello no sucede sólo en el consentimiento presunto y en la salvaguarda de intereses legítimos, sino en todos los casos en que los elementos de la justificación atiendan a circunstancias inciertas o futuras (cfr. § 14, nm. 106). Y cuando ello es así, como ocurre en los conceptos del peligro (§ 34) y de la sospecha (§ 127 StPO), ¡también penetran elementos de riesgo en otras causas de justificación!

A. El consentimiento presunto

Bibliografía: Ahrens, Geschäftsführung ohne Auftrag als Strafausschließungsgrund, tes. doct. Göttingen, 1909; Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GerS 89 (1924), 207; Traeger, Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgründe im Strafrecht, GerS 94 (1927), 112; Arndt, Die mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, Str. Abh. 268, 1929; v. Hippel, Die Bedeutung der Geschäftsführung ohne Auftrag im Strafrecht, Reichsgerichts-FS, t. V, 1929, 1; Voltz, Die Züchtigung fremder Kinder und die Versuche ihrer Rechtfertigung, ZStW 50 (1930), 339; Eichler, Handeln im Interesse des Verletzten als Rechtfertigungsgrund, Str. Abh. 284, 1931; Arndt, Die mutmaßliche Einwilligung, DJ 1937, 583; Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; Stratenwerth, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956), 41; Bockelmann, Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1961, 945; Lenckner, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, H. Mayer-FS, 1966, 165; Roxin, Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten, H. Mayer-FS, 1966, 467; Tiedemann, Die mutmaßliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung amtlicher Gelder, JuS 1970, 108; Zipf, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970; Häcker, Wille und Interesse bei der mutmaßlichen Einwilligung, tes. doct. Tübingen, 1973; Unger, Die Zueignung von Geld und der allgemeine Unrechtsausschließungsgrund des "nicht schutzwürdigen Interesses", 1973; Roxin, Über die mutmaßliche Einwilligung, Welzel-FS, 1974, 447; Hruschka, Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, Dreher-FS, 1977, 189; Rudolphi, Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, Schröder-GS, 1978, 73; Küper, Grenzfragen der Unfallflucht, JZ 1981, 209; Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; Roxin, Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, Klug-FS, 1983, 303; Tröndle, Selbstbestimmungsrecht des Patienten - Wohltat oder Plage?, MDR 1983, 881; Sternberg-Lieben, Strafbarkeit des Arztes bei Verstoß gegen ein Patienten-

[2] De modo especialmente claro en Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 11, 19.

Testament, NJW 1985, 2734; Heidner, Die Bedeutung der mutmaßlichen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, insbesondere im Rahmen des ärztlichen Heileingriffs, tes. doct. Göttingen, 1987; Hellmann, Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1987; Rickmann, Zur Wirksamkeit von Patiententestamenten im Bereich des Strafrechts, 1987; Müller-Dietz, Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung, JuS 1989, 280.

I. La estructura de la causa de justificación [3]

A diferencia del consentimiento, que excluye ya el tipo (*supra* § 13, nm. 3
12 ss.), el consentimiento presunto es una causa de justificación. En efecto, mientras que el consentimiento es expresión de la libertad de actuación del titular del bien jurídico y por tanto el que obra con consentimiento no lesiona los bienes jurídicos de aquél, quien invoca un consentimiento presunto se interfiere sin permiso, y por ello realizando el tipo delictivo, en los bienes jurídicos de otro, y sólo puede estar justificado por el hecho de que se presume su consentimiento según un juicio objetivo. Aquí coliden la voluntad presumida por el agente y la voluntad real posiblemente opuesta del titular del bien jurídico, y dicha colisión es compensada porque el ordenamiento jurídico, conforme a criterios objetivos y diferenciados, fija una "voluntad presunta", que justifica la ingerencia aunque posteriormente resulte que era distinta la voluntad real del titular del bien jurídico.

Dogmáticamente el consentimiento presunto se sitúa entre el consentimien- 4
to y el estado de necesidad justificante, pero afirma su autonomía frente a ambos. Del consentimiento se diferencia no sólo por su carácter de causa de justificación, sino sobre todo porque el consentimiento presunto es una construcción normativa, mientras que el consentimiento efectivo es una manifestación de voluntad. Mezger, que ha sido el primero en analizar esta causa de justificación de una forma que aún hoy sigue siendo válida en amplia medida [4], lo aproxima demasiado al consentimiento cuando opina que en el consentimiento presunto se trata sólo de "una interpretación de la... dirección de la voluntad del afectado por la acción" [5]; pues una voluntad que pudiera ser "interpretada" precisamente no es conocida y en la mayoría de los casos ni siquiera concurrirá como realidad psíquica en caso de un titular del bien jurídico que no tiene la menor idea. En cambio, en otro lugar Mezger [5a] se sitúa en la vía correcta cuando afirma que "lógicamente sería más correcto" designar el consentimiento presunto como "la presunción (scil. judicial) del consentimiento". De todos modos existe un amplio parentesco entre ambas

[3] Para más detalles Roxin, Welzel-FS, 1974, 447 ss.
[4] Mezger, GerS 89 (1924), 287 ss.; idem, StrafR, [3]1949 [= Tratado I, 1946; N. del T.], § 29.
[5] Mezger, StrafR, [3]1949, 220 [= Tratado I, 1946, 415; N. del T.].
[5a] Mezger, StrafR, [3]1949, 220, n. 3 [= Tratado I, 1946, 415, n. 3; N. del T.].

instituciones jurídicas. Pues, prescindiendo de la falta de consentimiento, el consentimiento presunto tiene los mismos presupuestos que el real: debe referirse al momento del hecho (por lo que es irrelevante la esperanza de una posterior aprobación: RGSt 25, 383); el titular del bien jurídico ha de ser capaz de consentir (de lo contrario dependerá de la voluntad presunta del representante legal); ha de ser posible un consentimiento eficaz respecto del bien jurídico afectado, etc. En esa medida se puede, por tanto, remitir globalmente a lo ya expuesto sobre el consentimiento (*supra* § 13).

5 Del estado de necesidad justificante se diferencia el consentimiento presunto en que la justificación no depende de una ponderación objetiva de intereses, sino de la voluntad hipotética del titular del bien jurídico. Se trata de un "juicio de probabilidad que expresa que el afectado, si hubiera poseído un completo conocimiento de la situación de hecho, desde su punto de vista personal hubiera consentido en la acción" [6]. Por tanto, lo decisivo no es lo que hubiera correspondido al "verdadero bien" del afectado, sino lo que éste presumiblemente habría querido, aunque fuera algo no razonable [7]. "Los criterios objetivos, especialmente el enjuiciamiento de una medida como comúnmente razonable y normal..., no tienen un significado autónomo, sino que solamente sirven para averiguar la hipotética voluntad individual" (BGHSt 35, 249 s.). Si alguien quiere entrar en una vivienda ajena porque se ha roto una cañería, para cortar el paso del agua, ello es sin duda razonable y coincide con el interés objetivo del dueño de la casa; sin embargo, el agente no podrá ampararse en consentimiento presunto si por otros sucesos previos sabe que el dueño no le quiere ver en ningún caso en su casa. De todos modos, el consentimiento presunto está próximo al estado de necesidad justificante en la medida en que la hipotética voluntad del sujeto en cuyos bienes se produce la ingerencia coincidirá en muchos casos con el resultado de una ponderación objetiva de intereses. Así p.ej., si en el caso de la rotura de la cañería no se sabe nada sobre la postura del dueño de la casa, se puede partir de la base de que el propietario desea lo objetivamente razonable, o sea en este caso: que se corte el agua. Sin embargo, en el consentimiento presunto sólo se podrá recurrir al interés objetivamente preponderante en una parte de las constelaciones que hay que considerar (para más detalles nm. 19 ss.), e incluso en esa medida sólo como indicio de la voluntad hipotética, y no como objetivo de la ponderación.

6 Esto es algo que desconocen quienes sólo admiten el consentimiento presunto como forma de manifestación del estado de necesidad justificante [8]. Así

---

[6] Mezger, StrafR, ³1949, 219 s. [= Tratado I, 1946, 414; N. del T.].

[7] Así tb. la doc. dom. actualmente. Cfr. p.ej. Jescheck, AT⁴, § 34 VII 2; LK¹⁰-Hirsch, antes del § 32, nm. 137; Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 32, nm. 56 s.; Stratenwerth, AT³, nm. 397; Bockelmann/Volk, AT⁴, § 15 C II 2.

[8] Bockelmann, AT³, 1979, § 15 C II; H. Mayer, LB AT, 1953, 168; Noll, 1955, 137 s.; Welzel,

Welzel [9] habla de un "subcaso del estado de necesidad supralegal": "La razón que justifica de modo primario no es la renuncia general al interés por parte del lesionado (o sea el consentimiento), sino la actuación positiva en interés suyo. La restrictiva exigencia del consentimiento presunto sólo pretende impedir el exceso de celo en los cuidados de terceros". Esto es volver las cosas del revés: la voluntad hipotética del afectado no sirve para restringir la justificación por estado de necesidad, sino que la ponderación de intereses será en su caso un medio auxiliar para comprobar la voluntad hipotética. Y menos aún puede ser correcta la propuesta de Schmidhäuser [10] de atender solamente a la situación objetiva de los intereses, ya que opina que "en el caso concreto la cuestión no puede depender de ningún tipo de presunciones sobre cómo decidiría el legitimado para ello; su voluntad hipotética es irrelevante". Pero si en caso de presencia del titular del bien jurídico su voluntad real es la única que puede legitimar una ingerencia en sus bienes, no se comprende por qué en su ausencia ya no va a importar en absoluto lo que presumiblemente querría aquél.

Algunos autores combinan también, en concordancia con la institución civil 7
de la gestión de negocios sin mandato (§§ 677 ss. BGB; cfr. nm. 8 s.), los puntos de vista del estado de necesidad y del consentimiento, exigiendo para la justificación una actuación tanto en interés objetivo como también basada en la voluntad presunta del afectado [11]. Con ello se evita tener bajo tutela al titular del bien jurídico. Pero de todos modos, ¿por qué se iba a tener que castigar una actuación que concuerda con la voluntad del titular del bien jurídico, sólo porque en opinión de un tercer juzgador objetivo esa voluntad no sirve a su verdadero interés? Si el afectado está conforme o incluso se alegra de la conducta de quien se ha interferido en sus bienes jurídicos, el Estado no puede criminalizar al sujeto activo. Del mismo modo que el consentimiento no deja de ser eficaz porque no sea razonable, tampoco un consentimiento presunto puede carecer de eficacia justificante sólo porque conforme a criterios objetivos parezca contrario a los intereses del afectado. Lo que sí es cierto es que una acción que vaya en contra de los intereses del titular del bien jurídico sólo coincidirá en raras ocasiones con su voluntad presunta; pero eso hay que tenerlo en cuenta mediante una adecuada determinación de la voluntad presunta (para más detalles al respecto nm. 19 ss.), y no mediante una combinación de ésta con un "verdadero interés" independiente de la misma.

StrafR[11] [= PG, 1987; N. del T.], § 14 V. Schmidhäuser, StuB AT[2], 6/86 ss., rechaza totalmente el consentimiento presunto y en su lugar propone la justificación de la actuación en "interés urgente del lesionado", basada en una ponderación de intereses puramente objetiva.

[9] Welzel, StrafR[11] [= PG, 1987; N. del T.], § 14 V.

[10] Schmidhäuser, LB AT[2], 9/49, n. 65.

[11] Baumann/Weber, AT[9], § 21 II 5 b; Jakobs, AT[2], 15/17 (no obstante, en otro lugar —15/16— dice que para la justificación basta cualquier resultado "con tal de que simplemente el receptor de la ayuda esté real o presuntamente de acuerdo con la prestación").

8 Dentro de esa autonomía que se ha descrito, el consentimiento presunto es una causa de justificación de Derecho consuetudinario [12]. Pero tampoco es un producto espontáneo, sino que se basa en una reflexión llevando hasta sus últimas consecuencias la idea del consentimiento [13], que a su vez se deriva de la libertad de actuación garantizada por la Constitución (art. 2 I GG) (cfr. § 13, nm. 14). Antiguamente se recurría muchas veces, en vez de al consentimiento presunto, a la gestión de negocios sin mandato prevista en Derecho civil (§§ 677 ss. BGB), que para la justificación requiere, de modo similar a lo que aún hoy exigen Baumann y Jakobs (cfr. nm. 7), que se actúe tanto en interés del dueño del negocio como atendiendo a su presunta voluntad [14]. Pero ya se ha expuesto en nm. 7 por qué no se puede sostener tal exigencia para la justificación en Derecho penal. Los requisitos más estrictos que plantea el Derecho civil para la justificación se explican porque en el mismo lo que está en juego es algo de más alcance, a saber, la pretensión del gestor del negocio de que le sean reembolsados los gastos (§ 683 BGB). Por tanto, el consentimiento presunto es una "causa de exclusión del injusto penal" limitada al Derecho penal (para más detalles § 14, nm. 30 ss.).

9 Un supuesto especial es ciertamente el del § 679 BGB, que también justifica una gestión de negocios contra la voluntad del dueño del negocio "cuando sin la gestión del negocio no se podría cumplir a tiempo un deber del dueño del negocio, en cuyo cumplimiento hay un interés público, o un deber de manutención legalmente impuesto al dueño del negocio". Por lo general se considera que este precepto, debido a la prioridad de rango del consentimiento presunto frente a la gestión de negocios sin mandato, es irrelevante a efectos jurídicopenales [15]. Sin embargo, no lo es [16]: En efecto, conforme al principio de que todas las autorizaciones del Derecho civil justifican también en Derecho penal (para más detalles § 14, nm. 30 ss.), el § 679 BGB constituye también una causa de justificación jurídicopenal, que sin embargo no tiene nada que ver con el consentimiento presunto, sino que se basa en un interés público preponderante y se superpone al § 34. Será de aplicación p.ej. si una persona, en ausencia de su vecino y contra su prohibición, penetra en la finca de éste para efectuar en la misma medidas urgentes necesarias para la seguridad del tráfico y para proteger a la comunidad. Pero también habría que justificar por el § 679 BGB la conducta del empleado de un Banco que "contra la voluntad de un cliente que se encuentra de viaje por todo el mundo, utilizando la cuenta del mismo cumpliera sus deberes legales de manutención" [17]; pues un desplazamiento patrimonial con el visto bueno del Derecho civil no se puede considerar como algo criminal.

---

[12] RGSt 61, 256; BGHSt 16, 312; OLG Frankfurt MDR 1970, 694. Pese a la importancia práctica de esta causa de justificación, son relativamente infrecuentes los juicios penales relativos a casos de consentimiento presunto, pues en los mismos normalmente no se presentan denuncias ni querellas.

[13] Mezger, StrafR, [3]1949, 221 [= Tratado I, 1946, 417; N. del T.].

[14] Cfr. últimamente las referencias bibl. que ofrece Günther, 1983, 53 s.

[15] Cfr. p.ej. Jescheck, AT[4], § 34 VII 2; LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 130; Hellmann, 1987, 175 ss.

[16] Cfr. Günther, 1983, 364.

[17] Frente a esto, Jescheck, AT[4], § 34 VII 2, Jakobs, AT[2], 15/18, y Hellmann, 1987, 181, sostienen que en tal caso debe castigarse por el § 266 [administración desleal] o por el § 246 [apropiación indebida].

II. La subsidiariedad del consentimiento presunto

Dado que el consentimiento presunto sólo pretende sustituir la falta de un consentimiento real (y no facilitar ponderaciones de intereses independientes de ello), sólo se podrá plantear cuando sea imposible obtener un consentimiento real [18]. No hay ningún motivo para permitir el riesgo de que se interprete equivocadamente la voluntad real del titular del bien jurídico, cuando sea posible preguntar a la persona en cuya esfera jurídica se va a intervenir. Por tanto, el médico que opera a una persona inconsciente no puede ampararse en el consentimiento presunto para actuar por propia decisión si es posible aguardar a que el paciente recupere la consciencia sin que se produzcan daños para su salud. O si alguien choca con un coche ajeno delante de un bar, y, dejando su dirección en el coche dañado, se aleja inmediatamente de allí (¡§ 142! [fuga del lugar del accidente]), desde luego (y prescindiendo de todo lo demás) de entrada no estará amparado por consentimiento presunto si hubiera podido informar del accidente al conductor del vehículo destrozado, que se encontraba en el local. Y tampoco puede justificarse por consentimiento presunto la grabación magnetofónica de una conversación telefónica (§ 201 I, n.° 1), dado que en todo momento se puede preguntar si está de acuerdo al otro interlocutor. 10

Frente a esto, Tiedemann [19] sostiene que en caso de menoscabos insignificantes o transitorios se debe admitir la justificación por consentimiento presunto aunque se pudiera preguntar al propietario, ya que en tales supuestos "de falta de interés" no hay ninguna necesidad de solicitar el consentimiento. Pero esta posición no se puede compartir [20]. En efecto, es cierto que, si se hace una interpretación restrictiva teleológica, en caso de menoscabos mínimos ya no se puede considerar que se haya realizado el tipo; ahora bien, entonces ya no es precisa una justificación por consentimiento presunto. Pero si se ha realizado el tipo, entonces no se comprende por qué se iba a poder hacer clandestinamente y sin preguntar lo que contra la voluntad declarada abiertamente por la persona legitimada hubiera sido ilícito y punible. 11

Tampoco es correcta la posición mantenida en BGHSt 35, 246, que considera susceptible de justificación por consentimiento presunto la esterilización que unos médicos le habían practicado a una paciente en interés de la misma, pero sin su consentimiento, a continuación de un parto mediante cesárea [21]. 12

---

[18] Así tb. BGHSt 16, 312.

[19] Tiedemann, JuS 1970, 108 ss.; igualmente Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 54; Jescheck, AT[4], § 34 VII 1 (no obstante, distinto en § 34 VII 2, n. 79).

[20] Igual que aquí LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 139.

[21] Tb. contra esta sentencia Geppert, JZ 1988, 1024; Müller-Dietz, JuS 1989, 280; Hoyer, StrV 1989, 245, así como, desde la perspectiva médica y civilista, Weitzel y Giesen (JZ 1988, 1022, 1030). Tb. discrepa de la misma Lackner[20], antes del § 32, nm. 21.

Pues como el peligro para la vida de la mujer, del que partían los médicos, sólo se hubiera dado ante un nuevo parto, se tendría que haber consultado primero a la mujer si deseaba la esterilización. En cuanto a la circunstancia de que los médicos consideraban precisa una "actuación de inmediato" porque desde su punto de vista un "nuevo embarazo amenazaría la vida de la madre y del niño", ello no puede cambiar para nada la necesidad de la consulta. En primer lugar, porque es asunto del paciente decidir si quiere correr un riesgo semejante para su vida (y la mujer quería, como posteriormente se puso de manifiesto). Y segundo, porque para evitar un nuevo embarazo existían otros medios distintos de la ligadura de trompas (que en el caso concreto ni siquiera impidió que posteriormente la mujer tuviera otro hijo).

13 En algunas constelaciones en las que se plantea si hay consentimiento presunto pese a la posibilidad de consultar al titular del bien jurídico, realmente se trata de consentimiento efectivo (tácito o comprobable mediante interpretación). Así p.ej., si en un sitio cualquiera se ha consolidado la costumbre de que los lectores de prensa cojan por sí mismos su periódico del quiosco en ausencia momentánea del dueño, y se lo lleven dejando el importe correspondiente, esa conducta estará amparada por un consentimiento real (tácito-concluyente) y no simplemente por un consentimiento presunto. Lo mismo sucede respecto de los usos que se puedan haber desarrollado con aprobación de todas las partes en cuanto a la grabación magnetofónica de conversaciones de negocios. Y si en un hospital se llevan a cabo intervenciones mínimas, contra lo que esperan los pacientes, no por un médico, sino por estudiantes de medicina igualmente capacitados a tal efecto, ello no se justifica por consentimiento presunto de los pacientes que podían haber sido consultados al respecto, pero que no lo han sido, sino porque su consentimiento de la intervención, en una interpretación adecuada a la situación real, se ha extendido también al tratamiento por un estudiante de medicina competente (BGHSt 16, 309; para más detalles § 13, nm. 69).

14 Problemas especiales, que tampoco se pueden resolver por medio del consentimiento presunto, se presentan en la apropiación de dinero. En el caso de la sent. OLG Köln NJW 1968, 2348, un policía había sustraído 15 marcos del dinero que había cobrado por multas, y había pagado con esa cantidad la gasolina para volver a casa con su automóvil, estando dispuesto a y en condiciones de restituir el dinero antes de volver a entrar de servicio; y fue condenado por apropiación indebida [malversación en Derecho español]. Y efectivamente no se puede admitir que hubiera un consentimiento presunto del jefe del servicio; pues éste podía haber sido consultado (telefónicamente o por radio) y además no habría podido dar su aprobación, porque existía una circular del servicio que prohibía toda posibilidad de echar mano a los fondos cobrados. Pero lo correcto es considerar que, dado que las deudas dinerarias son deudas de sumas de valor, falta ya la apropiación si alguien toma dinero

ajeno que puede y quiere devolver inmediatamente; pues en tal caso, respecto de la suma de valor sólo hay un uso indebido por un corto período de tiempo. Y lo propio sucede en el supuesto de que el sujeto realice por sí mismo un cambio de dinero [22].

III. ¿Consentimiento presunto en caso de actuación en interés propio?

El supuesto normal del consentimiento presunto es el de la actuación en interés ajeno: alguien interviene en favor de otro en su esfera jurídica (p.ej. un médico realiza una operación de urgencia con la víctima de un accidente que está inconsciente), confiando al hacerlo en la aprobación de aquél. Pero también en una actuación en interés propio puede suceder que alguien confíe en que el titular del bien jurídico estará de acuerdo: p.ej. una persona recoge en el jardín del vecino, que está de viaje, fruta caída que, si no, se iba a corromper; o alguien utiliza la bicicleta de un amigo ausente (§ 248 b), para no perder un tren que era importante para él. La cuestión de si es posible o no la justificación de la actuación en interés propio por consentimiento presunto es polémica y depende de la ubicación estructural de esta causa de justificación (cfr. nm. 3 ss.). **15**

Si se concibe el consentimiento presunto como un caso de estado de necesidad justificante o al menos de ponderación objetiva de los intereses del afectado (cfr. nm. 6 y 7), nunca se podrá justificar por consentimiento presunto la actuación en interés propio. Pues si concurren los presupuestos del § 34 a favor de quien actúa en interés propio, será aplicable directamente dicho precepto; pero en situaciones como las del caso de la fruta o el de la bicicleta no hay un estado de necesidad. Aunque se atienda a los intereses objetivamente preponderantes del titular del bien jurídico, según esta posición ha de excluirse de antemano la justificación, ya que quien tiene el interés es el agente, y no el afectado. Y efectivamente, así opina Schmidhäuser [23] que "nada justifica" en tales casos "la intromisión en la esfera de dominio del titular del derecho", la cual acaba "desembocando en una pretensión de soberanía sobre el otro; el hecho de que 'presuntamente' hubiera concurrido un consentimiento, no puede ser relevante". Y Jakobs [24] considera que conceder "una autorización para disminuir sin compensación intereses ajenos, con el solo límite de la voluntad presunta del titular del interés" sería "demasiado arriesgado", añadiendo que frecuentemente se tratará de un injusto bagatela, "pero precisamente y pese a todo, de un injusto". **16**

---

[22] Cfr. Roxin, H. Mayer-FS, 1966, 477 ss. Asimismo OLG Celle NJW 1974, 1833; Jescheck, AT[4], § 34 VII 2, n. 77; Tiedemann, JuS 1970, 108 ss.; LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 139.

[23] Schmidhäuser, StuB AT[2], 6/92 (cfr. *supra* nm. 6, n. 8).

[24] Jakobs, AT[2], 15/18.

17 No obstante, esta postura no se puede compartir. Bien es verdad que hay que ser sumamente cuidadoso al admitir un consentimiento presunto (cfr. para más detalles nm. 26 s.). Pero, dado que el consentimiento presunto sólo depende de la voluntad hipotética del titular del bien jurídico (nm. 5 s.), rechazarlo por completo en el caso de actuación en interés propio en definitiva llevaría a la insostenible hipótesis de que nunca es fundada la suposición de que alguien le quiere hacer un pequeño favor a otro. Y también es político-criminalmente incorrecto, además de impracticable, castigar una acción realizada confiando justificadamente en la amistad y en la disposición a ayudar de otra persona. El propio Jakobs considera justificada por consentimiento presunto una eventual infracción del § 123 [allanamiento de morada] si "el amigo, que se ha presentado sin avisar" en la casa, espera al dueño ausente en ese momento de la misma, "al estar lloviendo intensamente,... en el garaje, que no estaba cerrado" [25]. A tal efecto, en ese "caso límite", a pesar de que la intromisión le es útil "también al que se entromete", Jakobs construye una "obligación informal (no jurídica)" del dueño de la casa de dejar disponible su garaje. Pero ésta es una construcción artificiosa, gracias a la cual se vuelve a hacer posible, dando un rodeo, la justificación de la actuación en interés propio; pues siempre se puede fundamentar la vaga "obligación informal" de hacerle un favor a otro. Por eso, lo que procede es no andar con rodeos, tomar el camino directo y reconocer que, aunque la actuación sea en interés propio, no está excluida de antemano la justificación por consentimiento presunto [26].

18 Zipf [27], aunque no excluye totalmente la posibilidad de justificación en una actuación en interés propio, la basa, no en el consentimiento presunto, sino en la adecuación social. Pero, aun prescindiendo de los reparos de principio frente al criterio de la adecuación social [28], esta vía es impracticable: pues sólo son socialmente adecuadas las conductas normales y de práctica generalizada, mientras que en los casos que aquí interesan la cuestión depende precisamente de si, en vista de las peculiaridades sumamente individuales del caso concreto, el titular del bien jurídico presumiblemente autorizaría la intromisión (p.ej. la utilización de su bicicleta o la recogida de la fruta caída) [29].

IV. Los criterios para la determinación del consentimiento presunto

1. La actuación en interés ajeno

19 En las intromisiones que se producen en interés ajeno, la admisión del consentimiento presunto depende de requisitos distintos según que la situación

---

[25] Jakobs, AT², 15/17.

[26] Así tb. la op. dom.; cfr. p.ej. LK¹⁰-Hirsch, antes del § 32, nm. 133; Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 32, nm. 55; Jescheck, AT⁴, § 34 VII 1 b.

[27] Zipf, 1970, 55.

[28] Cfr. *supra* § 10, nm. 33 ss., así como Roxin, Klug-FS, 1983, 303 ss.

[29] Para más detalles Roxin, Welzel-FS, 1974, 472 s.; ahora tb. restrictivamente Maurach/Zipf, AT/1⁸, 28/8, 9.

exija una decisión vinculada a la situación objetiva (a), una decisión vinculada a la personalidad (b) o una decisión existencial (c) [30].

a) Decisiones vinculadas a la situación objetiva

Será precisa una decisión vinculada a la situación real cuando la interven- 20
ción del auxiliador no afecte o sólo afecte marginalmente al ámbito de la configuración más personal de la vida. Así ocurre v.gr. si durante una tormenta una persona entra en la finca del vecino ausente en ese momento, para poner a salvo de la lluvia los asientos que se han quedado a la intemperie en el porche; o si penetra en la vivienda de aquél para cortar el agua al haberse roto la tubería; pero también si p.ej. dispara en un coto de caza ajeno a un venado gravemente herido para entregárselo a quien tenía derecho a cazarlo, o si saca de un coche en llamas a la víctima de un accidente, que estaba sin sentido, aceptando la posibilidad de que sufra lesiones leves durante la acción de salvamento. Las decisiones de las que aquí se trata suelen adoptarse, no en virtud de criterios individuales, que serían insostenibles, sino basándose en ponderaciones generalizables. Por eso rige, **respecto de las decisiones vinculadas a la situación objetiva, la regla de que puede actuar amparado en consentimiento presunto quien favorezca el interés claramente preponderante —en una ponderación objetiva— del titular del bien jurídico, a no ser que el sujeto activo tenga conocimiento de circunstancias que sean indicio de la opinión opuesta del titular del bien jurídico.** A efectos prácticos, esto significa que en los cuatro casos indicados las medidas de auxilio estarán justificadas por consentimiento presunto si no se conoce nada más concreto sobre la postura del afectado. Si posteriormente resulta que éste no estaba de acuerdo, ello no modifica en nada la justificación. En cambio, si p.ej. en el caso de la tormenta otros vecinos le comunican al "auxiliador" que el propietario ha dejado a propósito fuera los muebles de jardín para comprobar su impermeabilidad, se dará un indicio concluyente en contra, y entonces habrá responsabilidad penal por allanamiento de morada si el vecino le impone al propietario una ayuda presumiblemente no querida en absoluto.

b) Decisiones vinculadas a la personalidad

Se requerirá una decisión vinculada a la personalidad cuando no se puedan 21
encontrar criterios generalizables sobre lo correcto en una determinada situación, sino que ello dependa de la opinión sumamente individual del titular del bien jurídico. Así p.ej., si alguien se plantea la cuestión de si puede abrir la carta urgente que ha llegado para el vecino del piso de al lado, que está de viaje, aunque si la abre sólo quiera evitar posibles daños para el destinatario, no es posible decir con pretensión de validez general cómo juzgaría presumi-

[30] Para más detalles Roxin, Welzel-FS, 1974, 464 ss.

blemente el destinatario la apertura de la carta. Si no se conocen circunstancias más concretas, nunca se podrá saber si el destinatario no preferiría perderse una cita con su amada antes que permitirle a un tercero la lectura de las promesas de amor de ella, o si no preferiría renunciar a un buen negocio para no dejar que un tercero se entere de sus relaciones y transacciones comerciales. Por eso rige, **respecto de las decisiones vinculadas a la personalidad, la regla inversa a la de las vinculadas a la situación objetiva: el sujeto no puede partir del consentimiento presunto, a no ser que haya circunstancias especiales que hagan lógica la suposición de que el titular del bien jurídico está de acuerdo con la intromisión.** Por consiguiente, quien abra una carta ajena, aunque sea con las mejores intenciones, deberá ser castigado (siempre que se presente la correspondiente querella) en virtud del § 202 si no conoce algo más exacto sobre la postura del destinatario. La solución sólo será diferente si hay indicios concretos en sentido contrario: Así, si el marido siempre le ha permitido a su esposa, o el jefe a su secretaria, que en su ausencia abra las cartas que llegan para él, aquéllas podrán partir del consentimiento presunto si al iniciar un nuevo viaje el esposo o, respectivamente, el jefe no dice nada sobre su autorización para que le abran el correo; pues entonces es lógico suponer que únicamente ha olvidado manifestar su aprobación. En tal caso la apertura de la correspondencia será conforme a Derecho aunque posteriormente se ponga de manifiesto que precisamente esa vez se esperaba una carta que el destinatario no quería de ningún modo que la leyeran otras personas.

22 También se tratará de una decisión vinculada a la personalidad cuando p.ej. alguien ha de resolver la cuestión de si debe matar a un perro ajeno que ha sido atropellado por un coche y está gravemente herido. A diferencia de lo que ocurre en el supuesto del venado herido (nm. 20), en el caso de los animales domésticos, a los que a menudo su propietario se siente ligado emocionalmente, no se podrá hacer afirmaciones generalizables sobre la cuestión de si el dueño, en caso de que se le pudiera consultar en ese momento, desearía que se mate al perro por compasión o, por el contrario, que se lo lleve al veterinario, cuyo tratamiento quizás podría conseguir la recuperación del perro. Por ello será punible por el § 303 la conducta de quien mate en el acto al perro sin buscar antes al dueño.

23 También constituye un ejemplo por excelencia de decisión vinculada a la personalidad la cuestión de si se puede castigar con fines educativos a niños ajenos cuando cometen faltas graves. Por eso no se puede corregir a bofetadas a niños ajenos que se comporten de un modo gravemente incorrecto, confiando en que los padres estarían ya de acuerdo [31]. Y eso no se puede hacer ni siquiera

[31] Con mayor motivo aún es imposible basar esa facultad, como antiguamente se sostenía frecuentemente, en el § 679 BGB (sobre su aplicabilidad en principio en Derecho penal cfr. nm. 9).

aunque se sepa que a los padres no les da reparo hacer uso del castigo corporal como medio de corrección. Pues el hecho de que los padres se reserven a sí mismos ese método educativo aún no es razón suficiente para suponer que también van a estar de acuerdo con que otros castiguen a sus hijos. Pero por otra parte es ir demasiado lejos excluir sin más la posibilidad de que el castigo de niños ajenos estuviera jamás justificado por consentimiento presunto [32]; pues, en la medida en que el ejercicio del derecho de corrección es transmisible en el marco de relaciones especiales de custodia y cuidado (cfr. § 17, nm. 37), también se podrá admitir con base en el consentimiento presunto si existen puntos de apoyo concretos que supongan un indicio del mismo. Así p.ej., si los padres, cuando se van ambos de viaje, dejan siempre a sus hijos al cuidado de amigos y en ocasiones anteriores les han autorizado siempre expresamente a éstos a que castiguen moderadamente a sus maleducados hijos, los amigos podrán partir del consentimiento presunto si en otra ocasión posterior los padres omiten hacer referencia expresa a la transmisión del derecho de corrección.

c) Decisiones existenciales

Por decisiones existenciales se entiende aquí las decisiones sobre la vida y **24**
la muerte, como las que se pueden presentar sobre todo en el caso de la operación de personas que están inconscientes. Obviamente, si se puede aplazar la operación sin consecuencias dañosas, el médico tiene que aguardar hasta que el paciente haya recuperado la consciencia, para preguntarle entonces; y en esa medida no es planteable el consentimiento presunto (cfr. al respecto ya nm. 12). Y éste tampoco procede si el paciente, antes de perder la consciencia y con un entendimiento claro de la situación, ha rechazado la operación; pues en tal caso su voluntad es clara y no hay nada que presumir.

En todos los demás casos **habrá que justificar por consentimiento pre- 25**
sunto la operación que le va a salvar la vida a un paciente actualmente incapaz de expresar su voluntad. Aquí no es posible, como sucede en las otras decisiones vinculadas a la personalidad, negar el derecho a efectuar la intervención si faltan puntos claros de apoyo; pues la muerte del paciente es irreversible y sólo coincidiría con su voluntad en los casos más raros e infrecuentes. Pero tampoco es correcto atender, como hace la op. dom. [33], a si se puede obtener algún indicio cualquiera —p.ej. consultando a los allegados— que permita deducir la posición general del paciente al respecto. Aunque sea

Pues, dado que el derecho de educación sólo está encomendado a los padres, no puede ser de "interés público" que otros lo usurpen para sí.

[32] Así, sin embargo, Jescheck, AT⁴, § 34 VII 4 b; Jakobs, AT², 15/18, n. 21; LK¹⁰-Hirsch, antes del § 32, nm. 138; § 223, nm. 28.

[33] BGHZ 29, 46; BGH NJW 1966, 1855; cfr. LK¹⁰-Hirsch, § 226 a, nm. 35 ss., con ulteriores referencias.

conocido que el paciente es miembro de una secta que rechaza las operaciones, o aunque anteriormente haya manifestado en una ocasión que preferiría morir a seguir viviendo como tullido con un miembro amputado [34], nunca se puede saber cómo decidiría realmente ante la perspectiva de la muerte. Cuando realmente está en juego la muerte, muchas personas revisan sus opiniones anteriores y quieren seguir viviendo; las decisiones existenciales de este tipo no se pueden anticipar ni siquiera por el propio afectado con reflexiones teóricas. Por ello, la mejor manera de servir a la autonomía del paciente es permitir que se le salve la vida, lo que le deja abierta al mismo la decisión posterior —incluso la de morir—. En tal caso el consentimiento presunto justifica aunque posteriormente la persona salvada no esté de acuerdo con que se le haya salvado [35].

2. La actuación en interés propio

26 En la actuación en interés propio rige la regla formulada para las decisiones vinculadas a la personalidad (nm. 21): **habrá de rechazarse el consentimiento presunto cuando no existan circunstancias concretas del caso particular que permitan inferir que el titular del bien jurídico está de acuerdo.** Dado que en el caso de actuación del autor en interés propio el titular del bien jurídico sólo puede esperar menoscabos del bien jurídico sin ninguna ventaja, nunca se puede partir de su aprobación si el agente no conoce nada que sea más concreto sobre la posición de aquél. Si se tratara de una situación de necesidad, el § 34 podrá justificar sin más la intromisión en interés propio en bienes jurídicos ajenos; pero en los restantes supuestos hay que dejar intacta la esfera jurídica de otros. Ello rige incluso cuando se trate de daños completamente insignificantes: aunque dejar la fruta caída en el jardín del dueño de la casa, que está de viaje, sólo sirva para que la fruta se estropee, no se puede partir de la base de que el propietario quiere admitir que entren personas absolutamente desconocidas en su jardín para recoger esa fruta.

27 La solución puede ser distinta si hay indicios concretos de la aprobación del titular del bien jurídico. Así p.ej., si el vecino de todos modos tiene que dar una vuelta por el jardín de quien está de viaje para ver si todo va bien, o si ya en anteriores ocasiones el dueño les ha permitido a otras personas que también forman parte de su parroquia que recojan la fruta y la entreguen en la residencia de ancianos, se puede admitir su consentimiento presunto. La mera relación de ser personas muy conocidas y que se tienen simpatía sólo permitirá inferir el consentimiento presunto cuando el menoscabo de los in-

---

[34] Bockelmann, NJW 1961, 949, que coincide en cuanto al resultado con la opinión aquí mantenida.

[35] En contra aparentemente BGHSt 35, 246; sobre esta sentencia, criticable también en otros múltiples aspectos, cfr. con más detalle nm. 12, 29.

tereses del titular del bien jurídico sea completamente irrelevante (como cuando se recoge la fruta que, si no, se va a corromper, o cuando se utiliza la bicicleta por un breve período de tiempo). En cambio, el amigo o la novia no pueden p.ej. invocar el consentimiento presunto para salir de apuros financieros cogiendo dinero de la persona ausente. Para ello tendrán que añadirse otras circunstancias especiales, como podría ser el caso de que una mujer que viva con su amigo y le lleve el presupuesto de la casa, debido a un gasto necesario pero imprevisto, no tenga suficiente con el dinero que le ha dejado el amigo antes de salir de viaje. Del mismo modo, las solas relaciones de amistad con el dueño de un coche tampoco bastarán en absoluto para justificar que el sujeto coja por su cuenta el coche del otro. Y si una persona choca con el coche aparcado de un conocido suyo, tampoco podrá alejarse sin más del lugar del accidente contraviniendo el § 142 por opinar que el conocido estará de acuerdo con ello; como mínimo tendrá que dejar sobre el vehículo dañado una nota con su nombre y declarando que se obliga a la completa reparación del daño. Sin embargo, BayObLG JZ 1983, 268, ha admitido con razón el consentimiento presunto en un caso en que el sujeto chocó con un automóvil aparcado y se fue a buscar al perjudicado, con quien tenía una estrecha relación personal, para comunicarle lo sucedido, en vez de esperar en el lugar del accidente.

V. Error y deber de examen

Tampoco en el consentimiento presunto se cuenta entre los presupuestos de la justificación que el sujeto activo haya examinado diligentemente las circunstancias que hablan a favor de la aprobación del afectado [36]. Quien supone que concurre una situación en la que se puede afirmar el consentimiento presunto, actuará justificadamente si efectivamente concurre esa situación, aunque no se haya esforzado en absoluto en examinarla y comprobarla. Si por el contrario no concurren los presupuestos del consentimiento presunto, que el sujeto había supuesto a la ligera, actuará en error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, que según la teoría restringida de la culpabilidad excluye el dolo (cfr. § 14, nm. 51 ss.) y hace posible el castigo en su caso por delito imprudente. 28

Ello no significa que toda suposición a la ligera de que el otro estará ya de acuerdo, vaya a excluir el dolo y con ello la responsabilidad penal. Así p.ej., si alguien castiga a unos niños ajenos porque sin reflexionar actúa en la infundada creencia de que los padres lo aprobarán, no sufre un error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, puesto que no se repre- 29

[36] Cfr. al respecto ya § 14, nm. 81 ss., con ulteriores referencias.

senta las circunstancias en las que tal castigo puede estar justificado por consentimiento presunto (nm. 23). Por el contrario, al invocar el consentimiento presunto, está extendiendo esa causa de justificación a supuestos en los que no opera en absoluto (cfr. § 14, nm. 78); y ello constituye un error de prohibición culpable (§ 17), que no modifica para nada la punición por lesiones dolosas. Asimismo habrá un error de prohibición, y no un error sobre el tipo permisivo, si unos médicos suponen, sin consultar a la mujer a la que van a operar, que ésta estará de acuerdo con una esterilización indicada por razones médicas (equivocadamente BGHSt 35, 250; para más detalles *supra* nm. 12). Sólo habría un error excluyente del dolo si una persona castiga al niño que es hijo de otros, suponiendo que se da un consentimiento presunto de los padres porque, debido a una confusión en sus recuerdos, cree que los padres siempre se lo habían autorizado cuando estaban ausentes, o si los médicos que realizan la operación hubieran creído que se daba un supuesto de hecho en el que ya no se podría consultar a la mujer. En ambos casos se plantearía a lo sumo la posibilidad de lesiones imprudentes.

B. La salvaguarda de intereses legítimos

Bibliografía: Rotering, Der § 193 des Reichsstrafgesetzbuchs, GerS 62 (1903), 1; Kern, Die Beleidigung, Frank-FS, t. II, 1930, 335; Klee, Das Recht auf Wahrheit als Grundprinzip des § 193 StGB, Frank-FS, t. II, 1930, 365; Lobe, Die Wahrnehmung berechtigter Interessen, R. Schmidt-FS, 1932, 79; v. Wich, Das Grundprinzip der Wahrnehmung berechtigter Interessen, 1932; Zartmann, Die Wahrnehmung berechtigter Interessen als Schuldausschließungsgrund, Str. Abh. 330, 1933; A. Weber, Die Bedeutung der Worte "das Vorhandensein einer Beleidigung" in §§ 192, 193 StGB, ZStW 53 (1934), 196; Koebel, Wahrnehmung berechtigter Interessen durch die Tagespresse, NJW 1950, 673; Schaffstein, Der Irrtum bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen, NJW 1951, 691; Seibert, Zur Wahrnehmung berechtigter Interessen, MDR 1951, 709; Neumann-Duesberg, Keine Wahrnehmung berechtigter Interessen durch die Presse bei Mißbrauch der Pressefreiheit, JR 1957, 85; Adam, Die Wahrnehmung berechtigter Interessen im Dienststrafverfahren, JR 1959, 12; Coing, Ehrenschutz und Presserecht, 1960; Helle, Die Rechtswidrigkeit der ehrenrührigen Behauptung, NJW 1961, 1896; Rehbinder, Die öffentliche Aufgabe und rechtliche Verantwortung der Presse, 1962; Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 (1965), 1; Erdsiek, Unvollkommenheiten des zivilrechtlichen Ehrenschutzes, NJW 1966, 1385; Lenckner, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, H. Mayer-FS, 1966, 165; Hardt, Grenzen unzulässiger Interessenwahrnehmung unter dem Gesichtspunkt des erlaubten Risikos, tes. doct. Hamburg, 1967; Hirsch, Ehre und Beleidigung, 1967; Erdsiek, Wahrnehmung berechtigter Interessen ein Rechtfertigungsgrund?, JZ 1969, 311; Eser, Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund, 1969; Tiedemann, Bemerkungen zur Rechtsprechung in den sog. Demonstrationsprozessen, JZ 1969, 717; Adomeit, Wahrnehmung berechtigter Interessen und Notwehrrecht, JZ 1970, 495; Fuhrmann, Die Wahrnehmung berechtigter Interessen durch die Presse, JuS 1970, 70; Eike Schmidt, Wahrnehmung berechtigter Interessen ein Rechtfertigungsgrund?, JZ 1970, 8; Roeder, Der systematische Standort der "Wahrnehmung berechtigter Interessen" im Spiegel der Strafrechtsreform, Heinitz-FS, 1972, 229; Schmid, Freiheit der Meinungsäußerung und strafrechtlicher Ehrenschutz, 1972; Suppert, Studien zur Notwehr und "notwehrähnlichen Lage", 1973; Krey, Forum: Probleme der Nötigung mit Gewalt etc., JuS 1974, 418; Rudolphi, Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, Schröder-GS, 1978, 73; Arzt, Der

strafrechtliche Ehrenschutz - Theorie und praktische Bedeutung, JuS 1982, 717; Würtenberger, Karikatur und Satire aus strafrechtlicher Sicht, NJW 1982, 610; Zechlin, Kunstfreiheit, Strafrecht und Satire, NJW 1982, 1091; Otto, Ehrenschutz in der politischen Auseinandersetzung, JR 1983, 1; Schmidt-Glaeser, Meinungsfreiheit und Enrenschutz, JZ 1983, 95; Tettinger, Der Schutz der persönlichen Ehre im Meinungskampf, JZ 1983, 317; Würtenberger, Satire und Karikatur in der Rechtsprechung, NJW 1983, 1144; Lenckner, Die Wahrnehmung berechtigter Interessen, ein "übergesetzlicher" Rechtfertigungsgrund?, Noll-GS, 1984, 243; Volk, Der Strafschutz für Staatssymbole und die Freiheit der Kunst, JR 1984, 441; R. Weber, Ehrenschutz im Konflikt mit der Pressefreiheit, Faller-FS, 1984, 442; Geppert, Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB), Jura 1985, 25; Hoffmann, Kunstfreiheit und Sacheigentum, NJW 1985, 237; Krämer, Die Wahrnehmung berechtigter Interessen bei Ehrverletzungen im politischen Meinungskampf, tes. doct. Tübingen, 1985; Zippelius, Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht, Hubmann-FS, 1985, 511; Otto, Strafrechtlicher Ehrenschutz und Kunstfreiheit der Literatur, NJW 1986, 1206; Würkner, Was darf die Satire?, JA 1988, 183; Würkner, Wie frei ist die Kunst?, NJW 1988, 317; Erhardt, Kunstfreiheit und Strafrecht. Zur Problematik satirischer Ehrverletzungen, 1989; Tenckhoff, Grundfälle zum Beleidigungsrecht, JuS 1989, 198; Henschel, Die Kunstfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1990, 1937; Graul, Tatbestand vor Rechtwidrigkeit? - Zum Freispruch aus § 193 StGB, NStZ 1991, 457; Borgmann, Kann Pornographie Kunst sein?, JuS 1992, 916; Hillgruber/Schemmer, Darf Satire wirklich alles?, JZ 1992, 946; Karpen/Hofer, Die Kunstfreiheit des Art. 5 II 1 GG in der Rechtsprechung seit 1985, JZ 1992, 951, 1060; Kulczak, Strafrechtliche Einbruchstellen in den Lebensbereich "bildende Kunst", 1992; Roggemann, Von Bären, Löwen und Adlern - zur Reichweite der §§ 90 a und b StGB, JZ 1992, 934; Würkner, Die Freiheit der Kunst in der Rechtsprechung von BVerfG und BVerwG, NVwZ 1992, 1; Würkner, Das BVerfG und die Freiheit der Kunst, 1994.

I. Sobre la estructura del § 193

El § 193 constituye una causa de justificación específica de las ofensas al honor típicas, que aún no está definitivamente esclarecida, y que por su estrecha vinculación a los §§ 185 ss. pertenece a la Parte especial y por ello sólo se va a tratar aquí esquemáticamente. La formulación del precepto es desafortunada, ya que los juicios, críticas y censuras, prolijamente enumerados en el mismo, aunque sean materialmente incorrectos, como tales aún no constituyen en absoluto injurias y por tanto no precisan ser objeto de justificación. Pero si agreden a la persona del afectado de modo ofensivo para su honor, frecuentemente concurrirá una injuria formal, que según el último inciso del § 193 excluirá la justificación. Por tanto, la importancia del § 193 es sumamente escasa. Dicho precepto podrá entrar en juego v.gr. si en una crítica se descalifica a un autor llamándolo "escritor de pacotilla", o a un artista tildándolo de "chapucero"; pues tales palabras implican ya una denigración personal, pero sin traspasar el límite que lleva a la injuria formal. 30

En consecuencia, el centro de gravedad de dicha disposición reside en las "expresiones o manifestaciones que" se formulan "para el ejercicio o defensa de derechos o para la salvaguarda de intereses legítimos", fines ambos que se mezclan entre sí. A su vez, respecto de esas alternativas típicas se pueden plantear muy diversas formas de expresión, en las que la justificación se basa 31

en consideraciones en parte distintas. Cuando se trate de la **justificación de una maledicencia (o difamación no intencional del § 186),** se presenta en primer plano el caso de que se afirmen o difundan hechos no comprobables con seguridad, v.gr. para esclarecer un delito o para poner al descubierto una irregularidad pública. Así p.ej., si, habiéndose cometido un delito en una empresa, alguien manifiesta ante el empresario o la policía sus sospechas frente a una determinada persona, que luego no se pueden probar; o si la prensa, basándose en un material que parece inatacable, formula una acusación de corrupción, cuya legitimación en cuanto al fondo no se puede aclarar totalmente. Si en tales casos se produce la justificación conforme al § 193, la misma se fundamenta en una ponderación de intereses basada en una evaluación del riesgo. El interés en la salvaguarda de intereses legítimos se pondera, y en su caso se valora más, frente al interés del afectado en la inatacabilidad de su honor; en tal caso, quien hace la manifestación puede lícitamente correr el riesgo no excluible de hacer una afirmación falsa. El hecho de que ello esté permitido —dándose unos presupuestos relativamente estrictos— por el § 193 se debe sobre todo al especial "alcance" del § 186, que también abarca las afirmaciones fácticas verdaderas (aunque no demostrables) y no protege la buena fe del que hace la manifestación. Y entonces, para no reprimir de antemano todo compromiso personal en los casos en que esté en juego la salvaguarda de intereses importantes, se admite con determinados requisitos el riesgo de un menoscabo del honor. Esa es la razón por la que aquí se ha encuadrado sistemáticamente la salvaguarda de intereses legítimos como causa de justificación derivada del riesgo permitido.

32 No obstante, en los supuestos en que unos **juicios de valor injuriosos conforme al § 185** estén amparados por la salvaguarda de intereses legítimos, ello no se basa en la idea de la ponderación del riesgo. Aquí se trata en primera línea de productos artísticos, como las sátiras y caricaturas, que, contempladas en abstracto, vulneran la pretensión de respeto del afectado, pero que en una ponderación global se autorizan en atención a la libertad artística (art. 5 III GG) [37]. Lo propio sucede con las expresiones vertidas en la lucha pública —sobre todo política— de opiniones, que en interés de la libre expresión de opiniones (art. 5 I GG), que es vitalmente necesaria para una democracia, pueden alcanzar una dureza polémica que en la discusión privada se consideraría ya como injuria punible [38]. Ambos supuestos constituyen casos de

---

[37] A favor de la libertad artística son básicas las sents.: BVerfGE 30, 173 ("Mefistófeles"); 67, 213 ("rasgo anacrónico"), y 75, 369 ("decisión caricaturesca"). Según las mismas, la libertad del arte encuentra en todo caso su límite en las vulneraciones claras de la dignidad humana y también en otros supuestos, dentro del marco de la ponderación de derechos fundamentales, frecuentemente en los menoscabos graves del derecho general de la personalidad. Sintetizando y con ulteriores referencias, Würkner, JA 1988, 183.

[38] BVerfGE 12, 113 (129 ss.); 61, 1 (7 s.); 69, 257 (270). Ello rige sobre todo en cuanto al derecho de "réplica" en el marco de discusiones polémicas.

ponderación de intereses, en los que el art. 5 GG colma de contenido y se superpone tan completamente al § 193 que en el fondo éste ya no resulta necesario. Y efectivamente, la jurispr. pertinente ha sido desarrollada ampliamente por el BVerfG (Tribunal Constitucional Federal). Ese dato hace que resulte adecuado considerar que el significado autónomo del § 193 reside sobre todo en la idea de la ponderación del riesgo [39].

II. La salvaguarda de intereses legítimos como causa de justificación

La salvaguarda de intereses legítimos es una **causa de justificación, y no una mera causa de exculpación,** pues el punto de vista del interés preponderante caracteriza —incluso cuando se ponderan riesgos— a un principio de justificación: quien formula la expresión en cuestión **puede lícitamente,** en atención a los intereses que defiende, actuar como lo ha hecho. Si ello le estuviera prohibido, aún habría que encontrar una razón por la que se le debiera exculpar; pues si el legislador quisiera impedir tales expresiones, su castigo sería lo requerido a efectos preventivos. La tesis, defendida con cierta frecuencia sobre todo en la doctrina civilista, según la cual el § 193 es una causa de exculpación [40], se basa en la reflexión, en sí misma legítima, de que no se puede exigir al afectado por afirmaciones fácticas inciertas y deshonrosas que las soporte, sino que ha de haber al menos medidas defensivas jurídico-civiles (como la demanda de rectificación y cesación). Sin embargo, a esto se le puede dar cumplida satisfacción teniendo en cuenta que en las causas de justificación que atienden a circunstancias inseguras la persona que conozca la verdadera situación puede recurrir a medidas defensivas conforme al § 34 (para más detalles § 14, nm. 106). Entre éstas se cuentan como mínimo los recursos jurídicos del Derecho civil; y Lenckner [41] considera incluso que la víctima de una maledicencia amparada por el § 193, si ya no es posible una medida cautelar, actuará lícitamente conforme al § 34 "si irrumpe en la oficina de la redacción y destruye el manuscrito listo para imprimir". 33

El § 193 es una causa de justificación basada en el principio de la ponderación de intereses, pero no es un supuesto especial del § 34, pues el requisito central del § 34, o sea el "peligro actual y no evitable de otro modo", no es preciso en absoluto que concurra en el caso del § 193. La crítica científica o artística, la sátira o la caricatura, que se justifican por el § 193, no sirven en absoluto para hacer frente a peligros en el sentido de la teoría del estado de necesidad; como tampoco tienen por qué consistir en puestas en peligro de 34

---

[39] Ofrecen detalladas indicaciones sobre el estado de opinión y la estructura dogmática del § 193, entre otros, Eser, 1969, y Geppert, Jura 1985, 25 ss.

[40] Cfr. p.ej. Erdsiek, NJW 1966, 1385 ss.; idem, JZ 1969, 311 ss.; Eike Schmidt, JZ 1970, 8 ss.

[41] Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 12.

bienes jurídicos las irregularidades o anomalías que p.ej. se pretende poner al descubierto mediante afirmaciones fácticas deshonrosas. Aparte de esto, los puntos de vista de la ponderación en el § 193 son ciertamente similares a aquellos a los que hay que recurrir dentro del § 34, pero no idénticos a los mismos (cfr. p.ej. respecto del requisito de "estar concernido de cerca" nm. 40).

35 También da lugar a equívocos la postura que contrapone el § 193 como supuesto de riesgo permitido con la concepción que subsume esta causa de justificación en el principio de la ponderación de intereses [42]. En efecto, aquí no estamos ante puntos de vista que se excluyan entre sí, sino que en el caso de afirmaciones fácticas deshonrosas el "interés del autor en la salvaguarda" y el "interés del afectado en ser respetado" [43] han de ponderarse desde el punto de vista del reparto del riesgo; además, la idea de riesgo no desempeña ningún papel en los juicios de valor, y por tanto no puede fundamentar por sí sola el § 193. También es unilateral la afirmación de BGHSt 12, 293, cuando dice: "la causa de justificación del § 193 es una plasmación específica del derecho fundamental de la libre expresión de opiniones, previsto en el art. 5 de la Ley Fundamental"; pues sólo en una parte de los supuestos (sobre todo en las injurias producidas en el marco de las discusiones políticas, cfr. nm. 32) puede convertirse la libertad de opinión en el factor decisivo de la ponderación de intereses; en cambio, las afirmaciones de hechos deshonrosos no pueden justificarse por la libertad de opinión, sino sólo por otros intereses perentorios.

36 Tampoco se puede justificar mediante el § 193 la difamación a sabiendas (§ 187). Pues lo máximo que se puede tolerar para salvaguardar intereses legítimos es el riesgo de una afirmación falsa hecha de buena fe; pero el ordenamiento jurídico no puede reconocer un interés en expresiones denigratorias proferidas a sabiendas de su falsedad. Bien es cierto que la jurispr. (sobre todo la del RG) también ha aplicado a veces el § 193 a difamaciones a sabiendas, cuando el único modo que tenía una persona de defenderse de una acusación injustificada era desviar la sospecha hacia otra persona asimismo inocente. Pero en ese caso se trata de un auténtico estado de necesidad en el sentido del § 34; y únicamente conforme a sus estrictos requisitos se podrá decidir si en algún supuesto extremo e infrecuente procede la justificación. Y la verdad es que otra razón por la que antes la jurispr. recurría al § 193 era que entonces aún no existía el § 34, y se prefería la norma escrita del § 193 a una causa de justificación "supralegal"; pero ese motivo ha desaparecido ahora, por lo que debería abandonarse esa jurisprudencia antigua, que también cuenta aún con algunos partidarios aislados en la doctrina.

---

[42] Así p.ej. Jescheck, AT^4, § 36 II 1, con ulteriores referencias.
[43] Formulaciones de Eser, 1969, 33.

III. El § 193 no se extiende más allá de los tipos de injurias

Según una teoría desarrollada especialmente por Eser [44], el § 193 debe aplicarse por analogía también respecto de otros bienes jurídicos "relativos a la comunidad", como en los supuestos de los §§ 201 y 203 [vulneración de la confidencialidad de la palabra y revelación de secretos privados por profesionales o funcionarios]. Según esto, mientras que la legítima defensa y el estado de necesidad se limitan a la defensa frente a peligros, "a la salvaguarda de intereses legítimos, en caso de bienes protegidos con una repercusión social especialmente intensa, le corresponde simultáneamente una función evolutiva: al promover al máximo posible el libre desarrollo del individuo y la evolución de la sociedad basada en el mismo, aquélla debe servir también —aparte de para hacer frente a eventuales mermas en los valores— para crear nuevos valores" [45]. De ese modo sin duda se caracteriza correctamente una función que le corresponde al § 193 especialmente en los casos en que supone una concreción del art. 5 GG (nm. 32). Pero de ahí no se deriva la necesidad de extender esta causa de justificación totalmente específica de los delitos contra el honor a otros tipos [46]. Las necesidades de tener debidamente en cuenta los legítimos intereses contrarios en los §§ 201 y 203 se pueden satisfacer perfectamente mediante la interpretación restrictiva de los tipos, el reconocimiento del consentimiento tácito y la posibilidad de justificación por el § 34. Pero la protección de los bienes jurídicos se relativizaría de modo peligroso si junto a esto aún se añadiera una cláusula de justificación que no está diseñada para esos tipos y que por ello tendría que ser muy vaga. Con mayor razón aún es inaplicable el § 193 como causa de justificación en los delitos de falso testimonio (§§ 153 ss.) y de acusación y denuncia falsas (§ 164). 37

IV. Los requisitos concretos de la salvaguarda de intereses legítimos

Aquí sólo es posible esbozar los presupuestos y requisitos concretos de la salvaguarda de intereses legítimos [47]. En la medida en que el § 193 es concretado por el art. 5 GG, "la interpretación del derecho a la injuria ha pasado en amplia medida al BVerfG" [48]. Pero incluso prescindiendo de ello, la garantía de la libertad artística (art. 5 III 1 GG) ha suscitado un cúmulo de jurispr. y doctrina científica, que debe tratarse dentro del marco de la dogmática de los 38

---

[44] Eser, 1969; de modo similar ya antes Noll, ZStW 77 (1965), 31 ss.; Tiedemann, JZ 1969, 721; Sch/Schröder[17], 1974, antes del § 51, nm. 62 a; Dreher/Tröndle[46], § 203, nm. 31.

[45] Eser, 1969, 67.

[46] Críticamente sobre todo Suppert, 1973, 223 ss.; Lenckner, Noll-GS, 1984, 243 ss.; SK[4]-Samson, antes del § 201, nm. 7-9. Rechazándolo tb. BGH NJW 1983, 1570.

[47] Ofrece una visión de conjunto y sintética Tenckhoff, JuS 1989, 198.

[48] Lackner[20], § 193, nm. 1.

derechos fundamentales y que aquí no puede ser referida en sus pormenores. Resumiendo diremos sólo que según la GG la libertad artística no está sometida a reserva de ley y que según la jurispr. tampoco se le pueden trasladar por analogía los límites del art. 5 II o del 2 I GG. Pero sí que están reconocidos límites "inmanentes" a la libertad artística, que se derivan ante todo de otros derechos fundamentales. Por consiguiente, si una obra artística (p.ej. una novela basada en la realidad, una sátira o una caricatura) supone una intromisión en el derecho de la personalidad de otro de un modo en sí mismo injurioso, habrá de ponderarse la libertad artística frente a la libertad de desarrollo de la personalidad del afectado. A ese respecto, la jurispr. concede prioridad absoluta a la libertad artística en caso de menoscabos leves para la personalidad, mientras que si se trata de agresiones graves a la esfera de la personalidad (sobre todo aquellas que vulneren la dignidad humana del afectado), se habrán rebasado los límites de la libertad artística, por lo que entonces el art. 5 III 1 GG no puede desplegar su eficacia justificante. En cambio, difícilmente se podrá apreciar responsabilidad penal por el procedimiento de negar a determinadas producciones literarias, gráficas o pictóricas el carácter de obras de arte y privarlas así de antemano de la protección del art. 5 III 1 GG; pues es inadmisible hacer una distinción entre buen "arte" y mal "no-arte", ya que la misma acabaría desembocando en una censura del gusto. Es cierto que el concepto jurídico de "arte" es sumamente polémico y en gran medida poco claro; pero de todos modos, según la concepción general, mantenida también por la jurispr., es un concepto tan "amplio", que en la práctica abarca todas las "obras", cuyos autores invoquen la libertad artística.

Sentencias importantes: BVerfGE 30, 173 ("Mefistófeles"); 67, 213 ("rasgo anacrónico"); 75, 369 ("caricaturas de cerdos"); 77, 240 ("informe moravo"); BVerfG NJW 1984, 1293 ("pulverizador de Zurich"); 1990, 1982 ("bandera federal"); 1990, 1985 ("himno alemán"); 1990, 2541 ("camisetas de Hitler"); 1991, 147 ("vecino de Mutzenbach"); 1992, 2073 ("asesino de nacimiento"); BGHSt 23, 40; ("Fanny Hill"); BGH NJW 1990, 3026 ("opus pistorum").

Bibliografía: Borgmann, JuS 1992, 916; Erhardt, 1989; Henschel, NJW 1990, 1937; Hillgruber/Schemmer, JZ 1992, 946; Hoffmann, NJW 1985, 237; Karpen/Hofer, JZ 1992, 951, 1060; Kulczak, 1992; Otto, JR 1983, 1; idem, NJW 1986, 1206; Roggemann, JZ 1992, 934; Volk, JR 1984, 441; Würkner, NJW 1988, 317; idem, JA 1988, 183; idem, NVwZ 1992, 1; idem, 1994; Würtenberger, NJW 1982, 610; Zechlin, NJW 1982, 1091.

38a A continuación sólo se va a tratar lo que actualmente sigue constituyendo el genuino ámbito de aplicación del § 193, es decir las afirmaciones fácticas que sirven para ejercer, defender y restablecer derechos o para descubrir situaciones objetables. En este punto la jurisprudencia ha elaborado una serie de criterios, cuya concurrencia hace posible admitir la salvaguarda de intereses legítimos.

39 (1) **El interés que se persigue con la expresión ha de ser "legítimo",** es decir que no puede ser contrario a la ley o las buenas costumbres. Cuando sólo se persiga un interés en causar sensación y escándalo (RGSt 36, 423; BGHSt 18, 187), ha de rechazarse de entrada el § 193. Y lo mismo ocurrirá

cuando sólo exista el interés en comprometer a otro con revelaciones de su vida privada (RGSt 40, 103).

(2) **El interés perseguido ha de concernirle (importarle) algo a quien profiere la expresión,** es decir, éste ha de poder erigirse razonablemente en defensor de tal interés (RGSt 63, 231). Así sucede no sólo en caso de verse personalmente afectado, sino también en los supuestos en que alguien puede hacer suyos los intereses del afectado como abogado, amigo íntimo o pariente del mismo. Por el contrario, no se puede actuar bajo la protección del § 193 a favor de asuntos privados que no le conciernen a uno. Aquí reside una diferencia característica frente al § 34, que permite la actuación de cualquier tercero en estado de necesidad ajeno: como el § 193 justifica más que el § 34, ha de restringirse su ámbito de aplicación, y por tanto respecto de personas absolutamente no implicadas el afectado no tiene por qué ser expuesto al riesgo de una maledicencia. **40**

Ahora bien, los intereses de la colectividad conciernen a todo el mundo. La anterior jurispr. del RG, que había negado la protección del § 193 a la prensa si pone al descubierto irregularidades sin estar directamente afectado el propio publicista [49], está superada a la vista del art. 5 GG. Actualmente hay que considerar que toda "persona que se dirija a la opinión pública a través de un medio de prensa" puede "salvaguardar intereses legítimos comunicando y discutiendo asuntos importantes para la colectividad. Esa facultad se basa en el derecho de todos los ciudadanos a tomar parte activa en la formación de la voluntad política" [50]. **41**

(3) **La forma de expresión elegida ha de ser idónea y necesaria para la salvaguarda de intereses.** Este **"principio del medio menos lesivo"**, que también opera en los §§ 32 y 34, tiene una considerable importancia práctica. Así será innecesario manifestarse ante el gran público cuando hacer intervenir a un abogado o a la autoridad competente pueda conseguir que se imponga el interés perseguido. O en una publicación de prensa no siempre será necesario dar a conocer por su nombre al afectado por una afirmación fáctica deshonrosa. Y para la salvaguarda de intereses privados, la comunicación de hechos deshonrosos a los conocidos sólo será necesaria en casos muy contados. **42**

(4) **La expresión ha de ser adecuada,** es decir, ha de guardar una justa proporción con el riesgo de vulneración del honor que se hace recaer sobre el afectado. Por consiguiente, por un asunto objetivamente intrascendente no se puede hacer afirmaciones, cuyos efectos existencialmente dañosos no se puedan volver a anular en el caso de que no sean ciertas. Y en la controversia **43**

---

[49] Cfr. p.ej. RGSt 64, 13, y las citas de Sch/Sch/Lenckner[21], 1982, § 193, nm. 14.

[50] BGHSt 18, 187. Cfr. tb. BVerfGE 12, 125 s.; BGHZ 31, 312.

pública la licitud de la dureza de lo que se dice depende también del tono en que se manifieste la parte contraria.

44 (5) Conforme a la jurispr. constante del RG y del BGH, así como a la opinión ampliamente dominante en la doctrina científica, en las afirmaciones fácticas la justificación depende además del cumplimiento del **"deber de información"**, es decir que sólo se producirá si el autor de la expresión ha examinado diligentemente si efectivamente son verdaderos los hechos afirmados o difundidos [51]. Por tanto, no será suficiente para actuar justificadamente que se propaguen afirmaciones discriminantes contra un adversario político sólo porque se las haya escuchado en una escuela de oradores del partido y entonces se las asuma sin comprobarlas (BGHSt 3, 73 ss.), o que se tomen como base de un artículo periodístico las manifestaciones de palabra de un informante, del que no se conocen más datos, sin efectuar ulteriores pesquisas (BGHSt 14, 48 ss.). Cuando se trata de declaraciones públicas en la prensa se formulan exigencias especialmente estrictas en cuanto a la comprobación de las mismas; en cambio, cuando se expresa una sospecha ante la autoridad competente para la persecución del delito, se considera que una suposición apoyada en unos pocos indicios puede ser ya suficiente, porque la expresión de la sospecha se queda en el ámbito interno y porque la misión de la policía y el Ministerio fiscal es precisamente investigar la exactitud de los datos indicados.

45 Sin embargo, la hipótesis de que hay un "deber de información" está en contradicción con el hecho, ya visto, de que, de modo absolutamente general, en las causas de justificación no se puede convertir un pretendido deber de examen en presupuesto de la justificación (cfr. para más detalles § 14, nm. 81 ss.). Es cierto que en el caso del § 193 tal deber no es sino la expresión teóricamente incorrecta de la opinión, materialmente correcta, según la cual las suposiciones hechas a la ligera y sin fundamento no pueden dejar impune a quien las expresa. Pero tal opinión se puede mantener también sin necesidad de afirmar la existencia de un deber específico de información; pues, con independencia de si el autor de la expresión ha efectuado o no alguna comprobación, objetivamente sólo se dará una situación justificante que cubra el riesgo de que no sea verdad, cuando haya tantos indicios que aboguen por la veracidad de la expresión que sea lícito atreverse a formularla. Si alguien publica reproches sin base y hechos al buen tuntún, la justificación por el § 193 se excluirá, no porque no se haya informado suficientemente, sino porque objetivamente no se da un supuesto de hecho que pudiera fundamentar la justificación. Ahora bien, la construcción del deber de información tiene además la finalidad de impedir que el autor de la expresión pueda invocar un

[51] Cfr. solamente BGHSt 3, 75; 14, 51, así como de la jurispr. antigua, RGSt 62, 93; 63, 204; 74, 257.

error sobre los presupuestos fácticos del § 193, que excluiría el dolo. Pero de todos modos y sin necesidad de esa construcción, no concurrirá dicho error si alguien basa sus inconsistentes afirmaciones en informaciones no fiables. En efecto, quien sólo haya acogido en su conciencia indicios insuficientes, no se habrá representado en absoluto un supuesto de hecho que justificaría sus expresiones; y si hubiera creído que las podía manifestar, se hallaría en un error de prohibición culpable (§ 17), que no modifica lo más mínimo su responsabilidad penal por delito doloso. Por consiguiente, no hace ninguna falta un deber específico de información, a pesar de que son totalmente correctos los resultados a los que llega la jurispr. sirviéndose del mismo.

(6) Por último, la jurispr. y la doc. dom. exigen como requisito subjetivo **46**
de justificación que el autor de la expresión actúe "para" salvaguardar intereses legítimos, esto es, que la salvaguarda de los intereses que deben reconocerse constituya el auténtico motivo de la expresión (cfr., por todas, BGHSt 18, 187). No obstante, ha de ser suficiente que el sujeto actúe con conocimiento de las circunstancias que objetivamente justifican su expresión [52]; la cuestión no puede depender del motivo que haya sido decisivo para él, por la simple razón de que eso es algo que escapa a la comprobación judicial. Por eso la jurispr. ha considerado siempre suficiente que la salvaguarda de intereses legítimos haya guiado al sujeto, aunque sólo sea junto a otros motivos distintos y reprobables (como el odio o la venganza) (cfr., por todas, RGSt 61, 401). Pero ¿quién se atreverá a juzgar si los intereses legítimos han desplegado alguna fuerza motivadora? Por esa razón, la expresión de una sospecha objetivamente fundada formulada ante la policía justificará incluso aunque al denunciante no le importara en absoluto salvaguardar intereses de la persecución criminal, sino que su único objetivo fuera jugar una mala pasada al sospechoso [53]. Y también estará justificada la actuación de un medio de prensa si, con pleno conocimiento de las circunstancias que le justifican, la verdad es que la única razón por la que publica un informe que objetivamente sirve para salvaguardar intereses legítimos es porque confía en lograr de ese modo un aumento de la tirada [54]. El objetivo legítimo de la jurispr. de negar la justificación por el § 193 a los informes puramente escandalosos y sensacionalistas, se logra ya teniendo en cuenta que falta un interés objetivamente legítimo (cfr. nm. 39) cuando un reportaje no contenga informaciones que sean útiles para los intereses públicos serios.

---

[52] Así tb., sobre todo, Sch/Sch/Lenckner[24], § 193, nm. 23.
[53] En contra OLG Koblenz VRS 53 (1977), 269.
[54] En contra OLG Hamm Der Betrieb 1980, 1215.

SECCION 5.ª

CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD

§ 19. Cuestiones básicas de la teoría de la responsabilidad

Bibliografía: v. Buri, Ueber Causalität und deren Verantwortung, 1873; Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts etc., 1895; Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903; Radbruch, Über den Schuldbegriff, ZStW 24 (1904), 333; v. Liszt, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, 1905, t. 2; Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, FS der jur. Fakultät der Universität Gießen, 1907, 3 (publicado en el mismo año tb. como separata); Kohlrausch, Die Schuld, en: Aschrott/v. Liszt, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, t. I, 1910, 180; Kohlrausch, Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung, Güterbock-FS, 1910, 1; Graf zu Dohna, Zum neuesten Stande der Schuldlehre, ZStW 32 (1911), 323; Rosenfeld, Schuld und Vorsatz im v. Lisztschen Lehrbuch, ZStW 32 (1911), 466; Goldschmidt, Der Notstand, ein Schuldproblem, ÖstZStr 1913, 129; Hegler, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915), 19, 184; Freudenthal, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922; Schumacher, Um das Wesen der Strafrechtsschuld, 1927; E. Wolf, Strafrechtliche Schuldlehre, Parte I, 1928; F. Kaufmann, Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld, 1929; Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff, Frank-FS, t. I, 1930, 428; Kantorowicz, Tat und Schuld, 1933; Schaffstein, Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund, 1933; Kadecka, Von der Schädlichkeit zur Schuld und von der Schuld zur Schädlichkeit, SchwZStr 50 (1936), 343; Welzel, Persönlichkeit und Schuld, ZStW 60 (1941), 428; Engisch, Zur Idee der Täterschuld, ZStW 61 (1942), 166; Maurach, Schuld und Verantwortung im Strafrecht, 1948; Busch, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949; Mezger, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950; Nowakowski, Das Ausmaß der Schuld, SchwZStr 65 (1950), 301; Heinitz, Strafzumessung und Persönlichkeit, ZStW 63 (1951), 57; Graf zu Dohna, Ein unausrottbares Mißverständnis, ZStW 66 (1954), 505; Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 1 (= Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 56); Hardwig, Die Zurechnung, 1957; Hohenleitner, Schuld als Werturteil, Rittler-FS, 1957, 185; Nowakowski, Freiheit, Schuld, Vergeltung, Rittler-FS, 1957, 55; Brauneck, Zum Schuldstrafrecht des neuesten Entwurfs eines Strafgesetzbuches, MSchrKrim 1958, 129; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958; Brauneck, Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA 1959, 261; Arm. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1961 (²1976); Lang-Hinrichsen, Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht, ZStW 73 (1961), 210; Baumann, Schuld und Verantwortung, JZ 1962, 41; Bockelmann, Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit, ZStW 75 (1963), 372; Engisch, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 1963, ²1965; Mangakis, Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit, ZStW 75 (1963), 499; Nass, Wandlungen des Schuldbegriffs im Laufe des Rechtsdenkens, 1963; Lange, Die moderne Anthropologie und das Strafrecht, en: Frey (ed.), Schuld, Verantwortung, Strafe, 1964, 277; Maihofer, Objektive Schuldelemente, H. Mayer-FS, 1966, 185; Noll, Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, H. Mayer-FS, 1966, 219; Engisch, Um die Charakterschuld, MSchrKrim 1967, 108; Arth. Kaufmann, Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, JZ 1967, 553; Müller-Dietz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967; Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969; Welzel, Gedanken zur "Willensfreiheit", Engisch-FS, 1969, 91; Holzhauer, Willensfreiheit und Strafe, 1970; Roxin, Literaturbericht, ZStW 82 (1970), 675; Roxin, Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems, ZStW 83 (1971), 369; Art. Kaufmann, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, Maurach-FS, 1972, 327; Lenckner, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, en: Göppinger/Witter, Handbuch der forensischen Psychiatrie,

t. 1, 1972, 3; Stratenwerth, Tatschuld und Strafzumessung, 1972; Fluri, Zur Lehre von der Tatverantwortung, 1973; Henkel, Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem, Larenz-FS, 1973, 3; Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, ²1973 [= Política criminal y sistema del Derecho penal, trad. de la 1.ª ed. alemana e intr. de F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1972]; Roxin, Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, MSchrKrim 1973, 316 [= Culpabilidad y prevención en Derecho penal, trad., intr. y notas F. Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1981, 41]; Schmidhäuser, Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht, Gallas-FS, 1973, 81; Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974; Bacigalupo, Bemerkungen zur Schuldlehre im Strafrecht, Welzel-FS, 1974, 477; Gimbernat Ordeig, Zur Strafrechtssystematik auf der Gundlage der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit, Henkel-FS, 1974, 151 [= El sistema del Derecho penal en la actualidad, Anuario de Ciencia Jurídica 1971, 265 = Estudios de Derecho penal, ³1990, 162]; Jäger, Strafrecht und psychoanalytische Theorie, Henkel-FS, 1974, 125; Neufelder, Schuldbegriff und Verfassung, GA 1974, 289; Roxin, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Henkel-FS, 1974, 171 [= Problemas básicos, 1976, 200 = Culpabilidad y prevención en Derecho penal, trad. y notas D.-M. Luzón Peña, Madrid, Reus, 1981, 57]; Krümpelmann, Vorsatz und Motivation, ZStW 87 (1975), 888; Otto, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975), 539; Sack, Die Chancen der Kooperation zwischen Strafrechtswissenschaft und Kriminologie, en: Lüderssen/Sack (eds.), Seminar: Abweichendes Verhalten II, t. 1, Strafgesetzgebung und Strafrechtsdogmatik, 1975, 346; Burkhardt, Das Zweckmoment im Schuldbegriff, GA 1976, 321; Jakobs, Schuld und Prävention, 1976; Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, ²1976; Arth. Kaufmann, Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Lange-FS, 1976, 27; Schöneborn, Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt, ZStW 88 (1976), 349; Danner, Gibt es einen freien Willen?, ⁴1977; Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, ²1977; Schreiber, Was heißt heute strafrechtliche Schuld etc., Der Nervenarzt 48 (1977), 242; Stratenwerth, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977; Zipf, Literaturbericht Kriminalpolitik, ZStW 89 (1977), 706; Bierbrauer/Haffke, Schuld und Schuldunfähigkeit, en: Hassemer/Lüderssen (eds.), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, t. III, 1978, 121; Haft, Der Schulddialog, 1978; Muñoz Conde, Über den materiellen Schuldbegriff, GA 1978, 65; Pothast (ed.), Freies Handeln und Determinismus, 1978; Lange, Ist Schuld möglich?, Bockelmann-FS, 1979, 261; Müller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, 1979; Roxin, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Bockelmann-FS, 1979, 279 [= Culpabilidad y prevención en Derecho penal, trad., intr. y notas F. Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1981, 147]; Baurmann, Schuldlose Dogmatik?, en: Lüderssen/Sack (eds.), Seminar: Abweichendes Verhalten, t. IV, 1980, 196; Burkhardt, Charaktermängel und Charakterschuld, en: Lüderssen/Sack, Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, t. 1, 1980, 87; Pothast, Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise, 1980: Schöneborn, Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldprinzips, ZStW 92 (1980), 682; Seelmann, Neue Entwicklungen beim strafrechtsdogmatischen Schuldbegriff, Jura 1980, 505; Streng, Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW 92 (1980), 637; Zipf, Der strafrechtliche Schuldbegriff, JBl 1980, 186; Baurmann, Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit, 1981; Otto, Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde, GA 1981, 481; Amelung, Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, JZ 1982, 617; Jakobs, Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit, en: Henrichs (ed.), Aspekte der Freiheit, 1982, 69; Jakobs, Zum Verhältnis von psychischem Faktum und Norm bei der Schuld, en: Göppinger/Bresser (eds.), Sozialtherapie - Grenzfragen bei der Beurteilung psychischer Auffälligkeiten im Strafrecht, 1982, 127; Kargl, Kritik des Schuldprinzips, 1982; Rudolphi, Das virtuelle Unrechtsbewußtsein als Strafbarkeitsvoraussetzung im Widerstreit zwischen Schuld und Prävention, en: Bönner/de Boor, Unrechtsbewußtsein, 1982, 1; Albrecht, Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts, GA 1983, 193; Baumgartner/Eser (eds.), Schuld und Verantwortung, 1983; Dreher, Der psychologische Determinismus Manfred Danners, ZStW 95 (1983), 340; Figueiredo Dias, Liberdade, Culpa, Direito Penal, ²1983; Figueiredo Dias, Schuld und Persönlichkeit, ZStW 95 (1983), 220; Griffel, Person, Freiheit, Schuld, ARSP 1983, 340; Arth. Kaufmann, Schuld und Strafe, ²1983; Krümpelmann, Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs, GA 1983, 337; Mir Puig, Die Funktion der Strafe und die Verbrechenslehre im sozialen und demokratischen Rechtsstaat, ZStW 95

(1983), 413 [= Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, Bosch, 1979, ²1982 = El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, Ariel, 1994, 29]; Schild, Der Strafrichter in der Hauptverhandlung, 1983; Schreiber, Schuld und Schuldfähigkeit im Strafrecht, Richterakademie Trier-FS, 1983, 73; Streng, Richter und Sachverständiger. Zum Zusammenwirken von Strafrecht und Psychowissenschaften bei der Bestimmung der Schuldfähigkeit (§§ 20, 21 StGB), Leferenz-FS, 1983, 397; Achenbach, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, en: Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 135 [= El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, trad. e intr. de J. M. Silva Sánchez, Madrid, Tecnos, 1991, 94]; Amelung, Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, en: Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 85 [= El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, trad. e intr. de J. M. Silva Sánchez, 1991, 134]; Hardwig, Grundprobleme der Allgemeinen Strafrechtslehre, 1984; Hauptmann, Strafrecht und Willensfreiheit, Rechtstheorie 1984, 153; Roxin, Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW 96 (1984), 641; Schünemann, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, en: Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 153 [= El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, trad. e intr. de J. M. Silva Sánchez, 1991, 147]; Stratenwerth, Willensfreiheit - eine staatsnotwendige Fiktion?, SchwZStr 1984, 225; Streng, Unterlassene Hilfeleistung als Rauschtat?, JZ 1984, 114; Arth. Kaufmann, Schuld und Prävention, Wassermann-FS, 1985, 889; Lackner, Prävention und Schuldunfähigkeit, Kleinknecht-FS, 1985, 245; Lange, Hirnforschung und Kriminologie, ZStW 97 (1985), 121; Mir Puig, Die "ex ante" Betrachtung im Strafrecht, Jescheck-FS, 1985, 337 [= La perspectiva *ex ante* en Derecho penal, ADPCP 1983, 5 = El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, Ariel, 1994, 93]; Neumann, Zurechnung und "Vorverschulden", 1985; Neumann, Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung, GA 1985, 389; Scheffler, Kriminologische Kritik des Schuldstrafrechts, 1985; Schmidhäuser, Über den axiologischen Schuldbegriff des Strafrechts: Die unrechtliche Tatgesinnung, Jescheck-FS, 1985, 485; Würtenberger, Der schuldigie Mensch vor dem Forum der Rechtsgemeinschaft, Jescheck-FS, 1985, 37; Griffel, Prävention und Schuldstrafe, ZStW 98 (1986), 28; Arth. Kaufmann, Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht, Jura 1986, 225; Kunz, Prävention und gerechte Zurechnung, ZStW 98 (1986), 823; Luthe, Schuldfähigkeit - ein rationales Mittel sozialer Regulation?, SchwZStr 103 (1986), 345; Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 2.ª Parte: Schuld und Kriminalpolitik, GA 1986, 293; Tiemeyer, Grundlagenprobleme des normativen Schuldbegriffs, GA 1986, 203; Walter, Die Bestimmung der Tatschuld und Bemessung der Strafe nach der vom Täter entwickelten "kriminellen Energie", H. Kaufmann-GS, 1986, 493; Baurmann, Zweckrationalität und Strafrecht, 1987; Dreher, Die Willensfreiheit, 1987; Fincke, Die Entschuldigungsgründe im Straftatsystem, en: Eser/Kaiser (eds.), Drittes deutsch-sowjetisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, 1987, 29; Grasnick, Über Schuld, Strafe und Sprache, 1987; Young-Whan Kim, Zur Fragwürdigkeit und Notwendigkeit des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1987; Küper, Grundsatzfragen der «Differenzierung» zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, 81; Maiwald, Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff, Lackner-FS, 1987, 149; Neumann, Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit, ZStW 99 (1987), 567; Roxin, Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?, SchwZStr 104 (1987), 356 [= ¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?, trad. J. M. Silva Sánchez, CPC 1986, 671]; Scheffler, Grundlegung eines kriminologisch orientierten Strafrechtssystems, 1987; Backes, Strafrecht und Lebenswirklichkeit, Maihofer-FS, 1988, 41; Dencker, Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld?, StrV 1988, 262; Dux, Der Täter hinter dem Tum - Zur soziologischen Kritik der Schuld, 1988; Eser/Fletcher (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung, vol. I, 1987; vol. II, 1988; Frister, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Gundprinzipien des Strafrechts, 1988; Joerden, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, 1988; Landgraf, Die "verschuldete" verminderte Schuldfähigkeit, tes. doct. Kiel, 1988; Oswald, Was wird gemessen bei der Strafzumessung?, GA 1988, 147; Perron, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im deutschen und spanischen Strafrecht, 1988; Roxin, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe

in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, JuS 1988, 425; Tiemeyer, Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schuldbegriffs, ZStW 100 (1988), 527; Bacigalupo, Unrechtsminderung und Tatverantwortung, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 459; Bernsmann, "Entschuldigung" durch Notstand, 1989; Griffel, Widersprüche um die Schuldstrafe - Willensfreiheit und Recht, GA 1989, 193; Kindhäuser, Personalität, Schuld und Vergeltung, GA 1989, 493; Lampe, Verantwortung und Verantwortlichkeit im Strafrecht, en: Verantwortlichkeit und Recht, 1989, 286; Schünemann, Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland, en: Hirsch/Weigend (eds.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, 147; Stratenwerth, Vermeidbarer Schuldausschluß, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 485; Streng, Schuld ohne Freiheit?, Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand, ZStW 101 (1989), 273; Baurmann, Strafe im Rechtsstaat, en: Baurmann/Kliemt (eds.), Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat, 1990, 109; Seelmann, Recens. de Kargl, Kritik des Schuldprinzips (1982), ZStW 102 (1990), 879; Seelmann, Recens. de Baurmann, Zweckrationalität und Strafrecht (1987), ZStW 102 (1990), 882; Bock, Ideen und Chimären im Strafrecht. Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention, ZStW 103 (1991), 636; Schneider, Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips, 1991; Dreher, Unser indeterministisches Strafrecht, Spendel-FS, 1992, 13; Haddenbrock, Soziale oder forensische Schuldfähigkeit (Zurechnungsfähigkeit), 1992; Jescheck, Die Schuld im Entwurf eines StGB für England und Wales im Vergleich mit dem deutschen Strafrecht, Rud. Schmitt-FS, 1992, 56; Böllinger, Schuldfeststellung im Strafverfahren als psychosoziale (Re-)Konstruktion, MSchrKrim 1993, 3; Frister, Die Struktur des "voluntativen Schuldelements", 1993; Jakobs, Das Schuldprinzip, 1993; Krauss, Schuld im Strafrecht - Zurechnung der Tat oder Abrechnung mit dem Täter?, Schüler-Springorum-FS, 1993, 459; Pothast, Probleme bei der Rechtfertigung staatlicher Strafe, JA 1993, 104; Roxin, Das Schuldprinzip im Wandel, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 519; Stübinger, Nicht ohne meine "Schuld"! etc., KJ 1993, 33; Tiemeyer, Der "relative Indeterminismus" und seine Bedeutung für das Strafrecht, ZStW 105 (1993), 483.

I. Culpabilidad y necesidad preventiva como presupuestos de la responsabilidad jurídicopenal

La responsabilidad designa, tras la antijuridicidad, una valoración ulterior 1
y que por regla general da lugar a la punibilidad, en el marco de la estructura del delito. Mientras que con el predicado de la antijuridicidad se enjuicia el hecho desde la perspectiva de que el mismo infringe el orden del deber ser jurídicopenal y que está prohibido como socialmente dañino, la responsabilidad significa una valoración desde el punto de vista del hacer responsable penalmente al sujeto. Quien cumple los requisitos que hacen aparecer como "responsable" una acción típicamente antijurídica se hace acreedor, desde los parámetros del Derecho penal, a una pena. Los presupuestos de la responsabilidad jurídicopenal son, entre otros, la culpabilidad (§§ 19 y 20), la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad (§ 17) y la normalidad de la situación en la que se actúa, que falta en el caso de determinadas formas de peligro (§ 35) y de exceso en la legítima defensa (§ 33); hay además en la Parte especial, en el Derecho penal especial (o accesorio) y en el ámbito supralegal casos de exclusión de la responsabilidad, los más importantes de los cuales serán comentados más adelante.

2 En casos excepcionales, a saber, cuando concurre una causa de exclusión de la punibilidad o cuando falta una de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, puede no existir punibilidad, pese a la concurrencia de una acción injusta responsable. Pero ello no se debe a razones jurídicopenales, sino a ponderaciones de intereses extrapenales, que hay que ubicar sistemáticamente en otra categoría valorativa adicional (cfr. *infra* § 23).

3 La responsabilidad depende de dos datos que deben añadirse al injusto: de la **culpabilidad** del sujeto y de la **necesidad preventiva** de sanción penal, que hay que deducir de la ley. El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídicopenal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho. Una actuación de este modo culpable precisa en el caso normal de sanción penal también por razones preventivas; pues cuando el legislador plasma una conducta en un tipo, parte de la idea de que debe ser combatida normalmente por medio de la pena cuando concurren antijuridicidad y culpabilidad. La necesidad preventiva de punición no precisa de una fundamentación especial, de modo que la responsabilidad jurídicopenal se da sin más con la existencia de culpabilidad. Sin embargo, esto no es así en todos los casos. V.gr. en el estado de necesidad disculpante (§ 35) el legislador parte —con razón— de la idea de que el peligro podría ser soportado en caso de necesidad, o sea de que el sujeto tiene la alternativa de la conducta conforme a Derecho. Si no, no podría exigir que se actúe conforme a Derecho y que se soporte peligro en los casos del § 35 I 2 sin infringir el principio de culpabilidad. Si con todo el mismo renuncia con carácter general según el § 35 I 1 a la punición, lo hace pese a la existencia de culpabilidad (disminuida), porque considera que en tales situaciones excepcionales sólo se da una necesidad preventiva de punición en los casos especiales del § 35 I 2.

4 Tales aspectos preventivos se pueden constatar de manera más o menos pronunciada, como se demostrará más adelante, en todas la causas de exculpación (más exactamente: causas de exclusión de la responsabilidad), pero también en las causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto (inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad, y error de prohibición invencible) [1]. Antiguamente no pasaron por completo inadvertidas, pero sí estuvieron científicamente desatendidas y no se apreció su autonomía, de modo que tradicionalmente se denomina sólo "culpabilidad" a la categoría del delito que sigue al injusto. Con ello se produce una reducción del problema, pues la idea de que el legislador, aun existiendo culpabilidad, renuncia a la pena allí donde la misma no le parece preventivamente indispensable contribuye de manera importante a la solución de problemas discutidos de la exclusión de la responsabilidad. Además, sólo mediante el reconocimiento de culpabilidad y ne-

[1] Más detenidamente *infra* §§ 20-22. Acerca del problema de "prevención e inimputabilidad", resumidamente Lackner, Kleinknecht-FS, 1985, 245.

cesidad preventiva como presupuestos de igual rango de la responsabilidad jurídicopenal, puede la dogmática jurídicopenal conseguir conectar con la teoría de los fines de la pena, para la que hoy día se reconoce que sólo culpabilidad y necesidades preventivas conjuntamente pueden dar lugar a una sanción penal [2].

El reconocimiento de que, junto a la falta de culpabilidad, también la falta 5 de necesidad preventiva de punición puede conducir a la exclusión de la responsabilidad jurídicopenal no significa que esta categoría del delito quede a merced de la inseguridad jurídica, en la que se empeñan todos los pronunciamientos científicos sobre lo preventivoespecialmente o preventivogeneralmente necesario. Pues cuando se interpreta el Derecho vigente no se trata de posibilitar al juez una exención de pena conforme a sus propias representaciones políticocriminales, sino que se deben averiguar las hipótesis preventivas que sirven de base a la ley. Ello no abre mayores espacios de libertad que los que en otros casos se conceden a la interpretación del Derecho vigente y al desarrollo de la dogmática jurídicopenal.

Tampoco es verdad que los efectos protectores del Estado de Derecho del 6 principio de culpabilidad se verían mermados. Según la opinión aquí defendida, la pena presupone siempre culpabilidad, de modo que ninguna necesidad preventiva de penalización, por muy grande que sea, puede justificar una sanción penal que contradiga el principio de culpabilidad. La exigencia de reconocimiento de la necesidad preventiva como presupuesto adicional de la punibilidad significa únicamente una ulterior protección ante la intervención del Derecho penal, en cuanto que ya no sólo se limita lo preventivamente admisible mediante el principio de culpabilidad, sino que también se restringe la posibilidad de punición de la conducta culpable mediante la exigencia de que la misma sea preventivamente imprescindible.

De lo expuesto se deduce que el concepto de culpabilidad del StGB está 7 concebido de modo más amplio que el aquí utilizado, en cuanto que abarca todo el ámbito de la responsabilidad. Cuando el § 35 dice del sujeto que actúa en estado de necesidad que actúa "sin culpabilidad", ello significa en ese caso: "sin responsabilidad, aunque con culpabilidad (disminuida)". El que el legislador no conociera aún la distinción entre culpabilidad y responsabilidad no

[2] De acuerdo Schünemann, 1984, 169 [= El sistema moderno, 1991, 159; N. del T.] ("acertado en todos sus extremos"); Amelung, 1984, 98 [= El sistema moderno, 1991, 105; N. del T.]; Lackner, Kleinknecht-FS, 1985, 262; Rudolphi, 1982, 27 ss.; Schneider, 1991, 56 ss. (en polémica con los críticos). Completa discusión en Young-Whan Kim, 1987. Crít. (refiriéndose no obstante a la primera versión de mi concepción, que relativizaba más ampliamente la idea de culpabilidad): Schöneborn, ZStW 88 (1976), 369 ss.; Burkhardt, GA 1976, 321 ss.; Stratenwerth, 1977, 21 ss., 28 ss.; Zipf, ZStW 89 (1977), 707 ss., 710 s.; Seelmann, Jura 1980, 509 ss. La nueva versión de mi concepción se desarrolla, en polémica con la crítica, en Bockelmann-FS, 1979, 279 ss. [= Culpabilidad y prevención, 1981, 147 ss.; N. del T.]; ZStW 96 (1984), 641 ss.; SchwZStr 104 (1987), 356 ss. [= CPC 1986, 671 ss.; N. del T.].

ha de impedirnos adoptar en el uso científico del lenguaje esta diferenciación terminológica que se corresponde con la realidad material; igual que v.gr. tampoco la circunstancia de que el § 33 diga sólo que el sujeto "no será castigado" no puede influir en la interpretación de esta disposición como un caso de exclusión de la responsabilidad.

II. Del concepto psicológico al normativo de culpabilidad [3]

8 Sólo pudo desarrollarse una categoría autónoma de "culpabilidad" desde el momento en que se había impuesto en la dogmática jurídicopenal la separación entre injusto y culpabilidad (más detenidamente al respecto § 10, nm. 68 ss.). La distinción se basaba en la idea dominante en el sistema "clásico" del Derecho penal de que había que ubicar sistemáticamente todos los elementos objetivos del delito en el injusto y todos los subjetivos en la culpabilidad (más detenidamente § 7, nm. 11 ss.). El pensamiento naturalista de finales del siglo XIX, que intentaba reconducir todos los conceptos jurídicos a datos empíricos explicables por las ciencias naturales, desarrolló el "concepto psicológico de culpabilidad", predominante hasta comienzos de este siglo; según el mismo, la culpabilidad se concebía como la relación subjetiva del sujeto con el resultado. Se consideraban "formas de culpabilidad" el dolo y la imprudencia, mientras que la mayoría de las veces la imputabilidad se caracterizaba como "presupuesto de la culpabilidad" o "presupuesto de la pena o de la punibilidad". Representantes famosos de tal concepto psicológico de culpabilidad fueron —con numerosas discrepancias entre sí— v. Buri [4], v. Liszt [5], Löffler [6], Kohlrausch en sus primeras publicaciones [7] y Radbruch [8].

9 El concepto psicológico de culpabilidad fue reemplazado en las primeras décadas de nuestro siglo por el concepto normativo de culpabilidad, todavía hoy dominante. Se considera "pionero en el sentido de esta nueva... concepción" [9] el trabajo de Frank "Über den Aufbau des Schuldbegriffs" ("Sobre la estructura del concepto de culpabilidad") del año 1907 [10]. Frank partió de la

---

[3] Achenbach, 1974, ofrece una exposición en profundidad. Sobre una base filosófica, en sus consecuencias con la mira puesta en la medición de la pena: Grasnick, 1987. Obra básica iusfilosófica y jurídicopenal: Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1961, ^{2}1976.

[4] Sobre todo en "Ueber Causalität und deren Verantwortung", 1873.

[5] Sobre las formulaciones cambiantes de su concepto de culpabilidad en las distintas ediciones de su tratado cfr. Achenbach, 1974, 38 ss.

[6] Löffler, 1895.

[7] Kohlrausch, 1903; idem, 1910, 180 ss.

[8] Radbruch, ZStW 24 (1904), 333 ss.

[9] Mezger, StrafR, ^{2}1932, ^{3}1949, 267 [= Tratado II, 1957, 48; N. del T.].

[10] En FS der jur. Fakultät der Universität Gießen ("Libro-homenaje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Gießen"),, 1907, 3 ss.; en lo que sigue citado por la edición como separata aparecida simultáneamente. Achenbach, 1974, 101 ss., relativiza la trascendencia de este pequeño "escrito de circunstancias" que entra poco en detalles, señalando que el giro hacia el concepto

observación de que el estado de necesidad disculpante, que hallaba paulatino reconocimiento, no era explicable mediante el concepto psicológico de culpabilidad: "Pues si el concepto de culpabilidad no abarca más que la suma de dolo e imprudencia y éstos consisten en la producción consciente o descuidada del resultado, sigue siendo del todo incomprensible cómo podría ser excluida la culpabilidad por estado de necesidad. Pues también el sujeto que actúa en estado de necesidad sabe lo que hace. Negarle... el dolo significa simplemente carecer de lógica" [11]. Subrayó también la insuficiencia de la concepción de que la imputabilidad sea "presupuesto de la culpabilidad" (es decir, presupuesto para el dolo o la imprudencia): "Pues también un enfermo mental puede querer la acción y representarse los elementos que la convierten en delito; puede incluso saber que es un delito" [12]; la imputabilidad no sería "presupuesto de la culpabilidad, sino que pertenece a la culpabilidad" [13]. Otro argumento, no aducido por Frank, pero por lo demás muy discutido, contra el concepto psicológico de culpabilidad consiste en que en la imprudencia inconsciente no es constatable una relación psíquica del sujeto con el resultado; si se quiere mantener su carácter de culpabilidad, se ha de acudir a otro concepto de culpabilidad.

Frank extrajo de su hallazgo la conclusión de que la culpabilidad no estaba **10** integrada sólo por la relación psíquica del sujeto con el resultado, sino por tres "elementos" de igual rango: 1.º) por la normalidad mental del sujeto, 2.º) por una concreta relación psíquica del sujeto con el hecho o al menos la posibilidad de la misma (dolo o imprudencia), y 3.º) por la normalidad de las circunstancias en las que actúa el sujeto [14]. Como lazo de unión, como "breve síntesis de los elementos concretos de la culpabilidad" [15], halló el concepto de la reprochabilidad: "La culpabilidad es reprochabilidad...: se ha de imputar una conducta prohibida a la culpabilidad de una persona cuando se le puede hacer un reproche por haber incurrido en ella" [16].

El concepto normativo de culpabilidad experimentó un desarrollo ulterior **11** muy influyente gracias a Goldschmidt [17]. Este intentó deducir la reprochabilidad, que Frank no había fundamentado de manera más detallada, de la infracción de una específica "norma de deber". Junto a la "norma jurídica",

---

normativo de culpabilidad había sido ya trazado por la influencia del pensamiento valorativo neokantiano. Sin embargo ello no disminuye el mérito de Frank de haber sido el primero en llevar a cabo consecuentemente la debida reestructuración del concepto de culpabilidad y haberla traducido en fórmulas fáciles de retener.

[11] Frank, como en n. 10, p. 6.
[12] Frank, como en n. 10, p. 8.
[13] Frank, como en n. 10, p. 9.
[14] Frank, como en n. 10, p. 12.
[15] Frank, como en n. 10, p. 12.
[16] Frank, como en n. 10, p. 14.
[17] Goldschmidt, 1913; idem, Frank-FS, 1930, tomo I, 428.

que exigiría una conducta externa y cuya infracción fundamentaría la antijuridicidad, existiría "implícitamente" una "norma de deber" que impondría a cada cual "disponer su conducta interna del modo necesario para que se pueda corresponder con las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico a su conducta externa" [18]. No obstante, se podría "infringir una norma de deber sin actuar culpablemente, en tanto en cuanto se pueda invocar una causa de exculpación, un caso de exclusión de la contrariedad a deber" [19]. Vio en la inexigibilidad la idea directriz de las causas de exculpación, que delimitó sobre esa base de las causas de justificación y de las causas de exclusión de la punibilidad. "El no dejarse motivar por la representación del deber a pesar de su exigibilidad es contrariedad a deber" [20]. Basándose en Frank y en Goldschmidt desarrolló después Freudenthal [21] la inexigibilidad como causa general supralegal de exclusión de la culpabilidad: si "para la no comisión del delito hubiera sido necesario un grado de capacidad de resistencia que normalmente no puede exigirse a nadie, falta con el poder el reproche, y con el reproche la culpabilidad" [22]. La inexigibilidad como causa general de exclusión de la culpabilidad se admite ampliamente todavía hoy en los delitos imprudentes y en los delitos de omisión, pero finalmente no se ha impuesto, a pesar de su frecuente aceptación inicial, en los delitos dolosos, debido a la inseguridad jurídica que conlleva [23] (cfr. más detenidamente § 24, nm. 115 ss.).

12 El concepto normativo de culpabilidad experimentó una ulterior modificación a través de la doctrina finalista de la acción, al ubicar sistemáticamente ésta ya en el tipo el dolo y la infracción objetiva del deber de cuidado en los delitos imprudentes y eliminar así de la culpabilidad en lo esencial los elementos que habían constituido su único contenido para el concepto psicológico de culpabilidad. Como los tres "elementos" de la reprochabilidad aparecían entonces ya sólo la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad (hoy § 17) y la exigibilidad de una conducta conforme a la norma (que falta en los casos de los §§ 33 y 35). Este cambio fue en efecto introducido primariamente a partir de la doctrina finalista de la acción y el injusto, pero se apoyó también en la tesis de que sólo de esta manera se llevaría adelante de modo realmente consecuente el concepto normativo de culpabilidad. Pues los elementos subjetivos (el objeto de la valoración) se separaron de ese modo de la culpabilidad y quedaría en ella "únicamente el criterio de la reprochabilidad" (la valoración del objeto) [24]. Maurach/Zipf [25] denominan a la concep-

[18] Goldschmidt, 1913, 17.
[19] Goldschmidt, 1913, 34.
[20] Goldschmidt, Frank-FS, 1930, tomo I, 442.
[21] Freudenthal, 1922.
[22] Freudenthal, 1922, 7.
[23] Crít. sobre todo Schumacher, 1927; Schaffstein, 1933.
[24] Welzel, StrafR[11], 140 [= PG, 1987, 200; N. del T.].
[25] Maurach/Zipf, AT/1[8], 30/22 s.

ción desarrollada por Frank y Goldschmidt "concepto complejo de culpabilidad", porque comprendería conjuntamente elementos psíquicos y valorativos; no estaría en condiciones de "comprender la culpabilidad como puro juicio de valor". Esto lo habría conseguido sólo la doctrina finalista de la acción.

III. Acerca de la crítica al concepto normativo de culpabilidad

13 El concepto normativo de culpabilidad tiene razón y supone un gran avance frente al concepto psicológico de culpabilidad en cuanto que en él se expresa la idea de que en la categoría del delito que sigue al injusto se trata de una valoración del acontecer del hecho de otro tipo en comparación con la contrariedad a deber y no sólo de un puro estado de cosas psíquico. Pero el concepto de reprochabilidad comprende sólo de manera incompleta la clase de valoración que se ha de efectuar aquí, porque el mismo se orienta solamente a la culpabilidad. La valoración no atañe solamente a la cuestión de si se puede formular un reproche (de culpabilidad) contra el sujeto, sino que es un juicio sobre si, desde puntos de vista jurídicopenales, ha de hacérsele responsable de su conducta. La reprochabilidad es una condición necesaria, pero aún no suficiente de la responsabilidad; ha de añadirse la necesidad preventiva de sanción (cfr. nm. 3 ss.). Así v.gr. el exceso en la legítima defensa (§ 33) es, en tanto no concurran los presupuestos del § 20, culpable y por tanto reprochable; pero a pesar de ello al sujeto no se le hace responsable, porque el legislador, en caso de estados pasionales asténicos, no considera necesario reaccionar con pena frente a las extralimitaciones en la legítima defensa. El concepto normativo de **culpabilidad** ha de perfeccionarse en la dirección de un concepto normativo de **responsabilidad.**

14 Es preciso aclarar también la relación entre la valoración y lo valorado en un concepto normativo de responsabilidad. Pues la opinión de que con la eliminación del dolo de la "culpabilidad" y su adscripción al tipo la responsabilidad se convierte en un "puro juicio de valor" es absolutamente errónea. De la misma manera que se debe distinguir entre supuesto de hecho del injusto y juicio de injusto y que "el injusto" representa el objeto de la valoración junto con su predicado de valor, se debe diferenciar entre supuesto de hecho de la responsabilidad y juicio de responsabilidad y concebir la "acción responsable" como unidad de la valoración y lo valorado. Al supuesto de hecho de la responsabilidad en sentido estricto pertenecen todas las circunstancias que más allá del injusto son determinantes para la responsabilidad [26]. Son elementos en parte subjetivos y en parte objetivos, como la constitución psíquica del

[26] En relación con el "tipo de culpabilidad" en total coincidencia Arth. Kaufmann, ²1976, 182; además Stratenwerth, AT³, nm. 510.

sujeto, su conocimiento real o potencial de la antijuridicidad y la ausencia de situaciones exculpatorias. Al supuesto de hecho de la responsabilidad en sentido amplio pertenece también el injusto típico, ya que al sujeto se le hace responsable por el conjunto del hecho. Todos los elementos del injusto son por tanto de manera mediata también criterios de la culpabilidad y de la responsabilidad. La cuestión de si se ubica el dolo en el tipo o en la culpabilidad determina por tanto únicamente si el mismo pertenece al supuesto de hecho de la responsabilidad en sentido amplio o estricto [27].

15 El término "responsabilidad" designa en el significado estricto de la palabra, como el de reprochabilidad (o como la antijuridicidad en relación con el injusto), sólo el predicado de la valoración, no el mismo supuesto de hecho valorado. Sin embargo en estos conceptos es habitual incluir, allí donde el contexto lo requiere, el supuesto de hecho de la responsabilidad en el concepto, de modo que "responsabilidad" ha de entenderse entonces como acción responsable.

IV. La determinación del contenido de la culpabilidad en el Derecho penal (el concepto material de culpabilidad)

16 También según la concepción que aquí se defiende, la culpabilidad sigue siendo el presupuesto decisivo (aunque no el único) de la responsabilidad jurídicopenal. El hacer depender la punibilidad de la culpabilidad del sujeto tiene como finalidad poner un límite al poder punitivo del Estado (en particular: a las necesidades públicas de prevención). Por qué se ha de preferir esta limitación, por razones derivadas del Estado de Derecho, a una concepción que atienda a la pura finalidad preventiva ha sido expuesto al examinar las teorías de la pena (cfr. § 3, nm. 46-52) [28].

17 Si y hasta qué punto es capaz el principio de culpabilidad de cumplir esta misión depende sin embargo de cómo se defina el contenido del concepto de culpabilidad. El concepto normativo de culpabilidad sólo afirma que una conducta culpable ha de ser "reprochable". Pero el mismo es de naturaleza completamente formal y no responde la cuestión relativa a de qué presupuestos materiales depende la reprochabilidad. Se trata de la cuestión del concepto material de culpabilidad. La misma se contesta de manera diversa incluso por los defensores de un concepto normativo de culpabilidad. A continuación se examinan las cinco concepciones más importantes de las que hoy (en múltiples variantes) rivalizan entre sí (apartados 1-5); ha de añadirse una breve polémica con el rechazo radical del principio de culpabilidad, que se presenta una y otra vez particularmente desde premisas sociológicas y psicológicas (apartado 6).

[27] Mucho más importante es el reconocimiento de que en la conformación material del dolo, p.ej. en la delimitación de la imprudencia frente al *dolus eventualis*, toman parte ya consideraciones de culpabilidad; cfr. al respecto § 12, nm. 26, y § 7, nm. 77.

[28] Frister, 1988, intenta una fundamentación jurídicoconstitucional del Derecho penal de la culpabilidad.

1. La culpabilidad como "poder actuar de otro modo"

18 "Siguiendo una larga tradición jurídica y filosófica" [29], el contenido de la culpabilidad se define tradicionalmente "como el 'poder evitar y consiguiente responsabilidad' * de la persona por haber formado antijurídicamente su voluntad". "La culpabilidad... fundamenta el reproche personal contra el sujeto de que no omitió la acción antijurídica aunque pudo omitirla." El BGH [30] ha hecho suya también esta concepción: "La culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se le reprocha al sujeto que no se haya comportado conforme a Derecho, que se haya decidido por el injusto aunque habría podido comportarse conforme a Derecho, decidirse por el Derecho. La base interna del reproche de culpabilidad radica en que el ser humano está revestido de autodeterminación moral libre, responsable y es capaz por ello de decidirse por el Derecho y contra el injusto..."

19 Pero no se puede mantener esta concepción, a pesar de su plausibilidad teórico-cotidiana. Aún se podría aceptar que se base en la premisa indemostrable del libre albedrío [31], pues ésta es, en los límites relativamente estrechos en que sus partidarios todavía la defienden [32], una hipótesis de la que de todos modos se podría partir, porque tampoco un determinismo estricto es empíricamente verificable y es además prácticamente inviable [33]. Sin embargo, esta concepción fracasa porque, ni siquiera bajo el presupuesto de una libertad de decisión teóricamente concebible, un poder actuar de otro modo del sujeto individual en el momento del hecho es susceptible de constatación científica. Bockelmann [34] califica incluso de "puro sinsentido" [35] la apreciación de "que la persona mentalmente sana puede actuar libremente y que la esencia de la enfermedad mental consiste precisamente en la supresión de la libertad de elegir". Esto puede que sea exagerado, pero en todo caso rige lo siguiente: si para la apreciación de culpabilidad se presupone un fenómeno empírico que por principio no puede constatarse, entonces ello debería conducir siempre a

---

[29] Welzel, StrafR[11], 140 [= PG, 1987, 200; N. del T.]; la siguiente cita loc. cit., 138 [= PG, 1987, 198; N. del T.]. Similar Arth. Kaufmann, [2]1976, 279 ss.

* La explicación de esta traducción de "Dafür-Können" puede verse *supra* § 7 nm. 22, N. del T. entre nn. 29 y 30 [N. del T.].

[30] BGHSt 2, 200.

[31] La exposición jurídicopenal más representativa la ofrece Engisch, [2]1965. Estrictamente determinista: Danner, [4]1977. Una exposición completa de la posición contraria indeterminista se encuentra en Dreher, 1987 (específicamente acerca de Danner pp. 337 ss.). En general: Pothast, 1978; idem, 1980; idem, JA 1993, 104. Acerca del siglo XIX: Holzhauer, 1970.

[32] Cfr. v.gr. Lenckner, 1972, 19; Henkel, [2]1977, 254 ss., con ulteriores referencias; en la literatura científica más antigua: Welzel, ZStW 60 (1941), 428 ss.

[33] Cfr. al respecto sobre todo Bockelmann, ZStW 75 (1963), 386 ss.

[34] Bockelmann, ZStW 75 (1963), 380.

[35] Más moderados en la forma, pero igual en el resultado al que llegan v.gr.: Jescheck, AT[4], § 37 I 2 b; Stratenwerth, AT[3], nm. 513; W. Hassemer, StrafR[2], 229 ss. Entre los articulistas: Nowakowski, Rittler-FS, 1957, 56 ss.; Mangakis, ZStW 75 (1963), 516; Figueiredo Dias, ZStW 95 (1983), 228 ss.; Schreiber, Richterakademie Trier-FS, 1983, 76 s.

la absolución en virtud del principio *"in dubio pro reo"*. En tal caso sería imposible un Derecho penal de la culpabilidad.

20 Los defensores de la concepción del poder actuar de otro modo intentan salir al paso de esta consecuencia, fijándose no en el poder del sujeto individual, sino en el "poder de la persona media que existe conforme a experiencia" [36], en la capacidad de la "mayoría de las personas" [37]. El "reproche de culpabilidad contra el individuo" se reformula entonces así [38]: "El sujeto habría podido actuar de otro modo en la situación en la que se encontraba, en el sentido de que, conforme a nuestra experiencia en casos análogos, **otro en su lugar** habría actuado posiblemente de otro modo en las circunstancias concretas, empleando la fuerza de voluntad que le faltó al sujeto." ¡Pero desde una perspectiva indeterminista es imposible basar un reproche moral contra una persona individual en capacidades que quizá otras personas tengan, pero que precisamente le faltan al sujeto! Ello no sólo carece de lógica, sino que supone un abandono del punto de partida de que al propio sujeto le ha de ser posible una decisión libre.

2. La culpabilidad como actitud interna jurídicamente desaprobada

21 Según una concepción fundada por Gallas [39], la culpabilidad es "reprochabilidad del hecho en atención a la actitud interna jurídicamente desaprobada que se manifiesta en él". La diferencia entre injusto y culpabilidad es según ella la diferencia "entre desvalor de la acción y desvalor de la actitud interna del hecho". En el ámbito de la culpabilidad se emite, "en una contemplación generalizadora, orientada por parámetros valorativos éticosociales", un juicio de desvalor sobre la "actitud global del sujeto frente a las exigencias del Derecho" actualizada en el hecho concreto. Esta posición la siguen sobre todo Jescheck [40] (actitud interna jurídicamente defectuosa) y Wessels [41] (actitud interna jurídicamente censurable, actitud defectuosa del sujeto).

22 Contra esta concepción hay que objetar que no supera sustancialmente el carácter formal de la reprochabilidad, pues no indica ningún criterio en virtud del cual se desapruebe jurídicamente la actitud interna del sujeto. Se aprecia una actitud interna jurídicamente desaprobada en cuanto el legislador formula un reproche y afirma la punibilidad. Es verdad que cuando en un lugar

[36] Mangakis, ZStW 75 (1963), 517.
[37] Lenckner, 1972, 19.
[38] Jescheck, AT[4], § 37 I 2 b. La idea procede al parecer de Dohna, ZStW 66 (1954), 511 ss. La invocación a Engisch por parte de Jescheck es errónea, pues aquél rechaza precisamente "el salto a otra persona o al 'género persona'" (Engisch, 1963 [[2]1965], 25). Una discusión crítica con el concepto "social" de culpabilidad, pero tb. con toda la doctrina reciente de la culpabilidad la proporciona Maiwald, Lackner-FS, 1987, 149 ss.
[39] Gallas, ZStW 67 (1955), 45 (= Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 56).
[40] Jescheck, AT[4], § 38 II 5.
[41] Wessels, AT[23], § 10 I 3.

Gallas [42] señala que el desvalor de la actitud interna se da normalmente con el desvalor de la acción y falta "sólo cuando el sujeto, pese a la comisión dolosa, carecía de poder", indica así en efecto una característica material, pero la misma es idéntica al poder actuar de otro modo y está expuesta a las mismas objeciones que contra éste se formulan. Aparte de esto, la afirmación o negación de la culpabilidad en algunos casos apenas se pueden explicar tampoco con la incorrección o corrección de la actitud interna. Pues en la imprudencia inconsciente la actitud interna del sujeto, que desde luego presupone una actitud o disposición consciente, no está dirigida a nada que sea contrario a valor; y a la inversa un asesino sexual puede mostrar una actitud interna extremadamente abyecta, aun cuando deba ser absuelto conforme al § 20 por falta de capacidad de inhibición.

La doctrina de la culpabilidad por la actitud interna ha adquirido una 23
expresión autónoma en Schmidhäuser [43]. Para él la culpabilidad es "actitud interna antijurídica del hecho concreto" [44]. Pero, al contrario que Gallas y sus partidarios, sí ofrece una definición material de este criterio: "La culpabilidad jurídicopenal es el comportamiento espiritual lesivo de bienes jurídicos...; con ella se quiere decir que el sujeto también ha lesionado en su comportamiento espiritual el bien jurídico lesionado por el comportamiento de su voluntad, es decir... que no lo ha tomado en serio" [45], pese a que "estaba espiritualmente en contacto valorativo" [46]. Deja expresamente sin responder la cuestión del libre albedrío [47]: "Con esta constatación no se toma en modo alguno postura respecto de la cuestión del libre albedrío en sentido filosófico. En especial con ello ni se afirma ni se niega la cuestión de si ese sujeto, tal como es, estaba siquiera en condiciones de tomar en serio el valor lesionado en esa situación de hecho. Debemos conformarnos con retener el contacto espiritual del sujeto con el valor lesionado en el momento del hecho y en este sentido precisamente también el desacierto valorativo."

A la objeción [48] de que en la imprudencia inconsciente culpable faltaría el 24
"contacto espiritual con el valor lesionado", Schmidhäuser [49] responde que basta con que el sujeto pueda "disponer como persona en el momento del hecho del valor lesionado en cada caso, aunque sea inconscientemente". Se

[42] Gallas, ZStW 67 (1955), 45 (= Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 56).

[43] Su concepción ha experimentado ciertas modificaciones en su formulación a lo largo de los años; cfr. LB AT[1], 1970, 10/3 ss.; LB AT[2], 1975, 10/3 ss.; StuB AT[2], 1984, 7/4 ss.; Jescheck-FS, 1985, 485 ss.

[44] Schmidhäuser, Jescheck-FS, 1985, 491.

[45] Schmidhäuser, LB AT[2], 10/6.

[46] Schmidhäuser, LB AT[2], 10/12.

[47] Schmidhäuser, LB AT[2], 10/6.

[48] Roxin, ZStW 83 (1971), 389; idem, Henkel-FS, 1974, 178 s. [= Problemas básicos, 1976, 207 s.; N. del T.]; Sch/Sch/Lenckner[21], 1982, antes del § 13, nm. 117.

[49] Schmidhäuser, Jescheck-FS, 1985, 492.

trata de un principio útil en cuanto que dicha "disponibilidad" se aproxima a la idea de la "asequibilidad normativa", que se considera aquí decisiva para la culpabilidad (cfr. nm. 34 ss.). Pero con los conceptos del "contacto espiritual" y del "no tomarse en serio en el comportamiento espiritual" no se caracteriza de modo afortunado lo que quizá se quiere decir. Pues, ¿cómo se puede no haber tomado algo en serio inconscientemente "en el comportamiento espiritual"? ¡El tomarse o no tomarse en serio espiritual presupone una toma de postura interna y también el conocimiento de aquello sobre lo que se toma postura! Por otro lado, al enfermo mental que comprende el injusto de su hecho, pero que no tiene capacidad de "actuar conforme a esa comprensión", no le falta "contacto espiritual valorativo", aunque sea inculpable. Contra esto, Schmidhäuser sostiene [50] que en tal caso no podríamos "entender" al sujeto "en el sentido de que su hecho injusto se deba al no tomarse en serio el bien jurídico lesionado". Cierto: ¡el hecho injusto se debió, pese al "tomarse en serio el bien jurídico lesionado", a que el sujeto no podía actuar de otro modo! Pero entonces estamos otra vez en el poder actuar de otro modo y no en la falta de tomarse en serio el bien jurídico en el comportamiento espiritual como fundamento del reproche de culpabilidad. Por tanto, la concepción de Schmidhäuser no desvirtúa tampoco las objeciones que se pueden formular con carácter general contra el criterio de la actitud interna.

3. La culpabilidad como deber responder por el carácter propio

25 Esta concepción parte, sobre una base determinista, de la idea de que cada cual es responsable sin más de las características o propiedades que le han inducido al hecho, de su "ser así". Su más importante predecesor en el terreno de la Filosofía es Schopenhauer [51], según el cual todo sujeto sabe que "una acción totalmente distinta... era perfectamente posible y podría haber sucedido, **con tal que él hubiera sido otro:** eso es lo único que ha sido decisivo. **A él** naturalmente no le era posible ninguna otra acción, porque él es éste y no otro, porque él tiene un carácter así y así; pero en sí misma... era posible. La responsabilidad, de la que es consciente, alcanza en primer lugar meramente... al hecho, pero en el fondo a **su carácter:** por **éste** se siente responsable y por **éste** le hacen también responsable los demás...".

26 Esta doctrina tiene también muchos partidarios en el Derecho penal. Heinitz dice [52]: "En la vida se responde por lo que se es, sin tener en cuenta por qué múltiples razones se ha llegado a ello." Dohna [53] considera "una ley fun-

[50] Schmidhäuser, Jescheck-FS, 1985, 494.

[51] Schopenhauer, Über die Freiheit des Willens (1839), Sämtliche Werke ("Obras completas"), ed. por Frh. von Löhneysen, tomo 3, 1962, 618. Ulteriores citas de Schopenhauer en Engisch, 1963 (^{2}1965), 46 ss.

[52] Heinitz, ZStW 63 (1951), 74.

[53] Graf zu Dohna, ZStW 66 (1954), 508.

damental de la existencia el que cada cual ha de responder por lo que hace, en cuanto que es emanación de su personalidad, el que al ser humano se le paga lo que **es**, en lo bueno y en lo malo". También Engisch [54] deduce de la "responsabilidad por la culpabilidad por el carácter" el deber de soportar la pena: "La culpabilidad por el carácter se compensa mediante la imposición y aceptación de una actuación específicamente configurada sobre el carácter." Figueiredo Dias [55] caracteriza la culpabilidad como el "deber responder por la personalidad, en la que tiene su fundamento la comisión de un tipo de injusto"; el sujeto es culpable "cuando manifiesta en el hecho sus características personales contrarias a los valores jurídicopenales —y en este sentido una personalidad censurable—".

La primera objeción contra tal concepción es que resultaría paradójico **27**
atribuir a alguien la culpabilidad por un dato —su disposición caracterológica— del que no es responsable, respecto del cual nada puede hacer [56]. Los defensores de esta doctrina salvan en parte la dificultad con construcciones metafísicas. Así, Schopenhauer distingue, tras un carácter empírico completamente determinado, un carácter inteligible que se determina a sí mismo con libertad de elección, y aún Figueiredo Dias [57] recurre de forma similar, modificada en sentido existencialista, a una "elección fundamental", "mediante la cual **el ser humano se decide a sí mismo** y con ello crea su propio **ser** o establece su propia **manera de ser**". Pero tales hipótesis son tan poco demostrables como el poder actuar de otro modo en el momento del hecho y pueden por ello ser materia de la creencia filosófica, pero no servir de base a una concepción empírico-racional del Derecho penal.

El mejor camino para sostener una concepción de la culpabilidad que pro- **28**
clama el deber responder por la propia condición del ser es desde luego el de renunciar totalmente a la retribución y al reproche moral contra el sujeto, reducir el Derecho penal a finalidades preventivas [58] y entender la culpabilidad más en el sentido de una responsabilidad social. El que se pudiera seguir calificando a sus presupuestos de "culpabilidad" y a tal consecuencia jurídica de "pena" sería más una cuestión terminológica.

Pero surgen reparos radicales contra tal concepción del hecho de que socava **29**
el principio de culpabilidad también en su sustancia de política jurídica, en

---

[54] Engisch, 1963 (^{2}1965), 54 s.; sobre la base de una polémica sobre todo con Engisch, Burkhardt construye una concepción modificada de la culpabilidad por el carácter en su trabajo sobre "Defectos de carácter y culpabilidad por el carácter" ("Charaktermängel und Charakterschuld"), 1980, 87 ss.

[55] Figueiredo Dias, ZStW 95 (1983), 240, 242 s. La concepción se expone exhaustivamente en su libro "Liberdade, culpa, direito penal", ^{2}1983.

[56] Cfr. v.gr. Arth. Kaufmann, ^{2}1976, 279 s., contra Engisch.

[57] Figueiredo Dias, ZStW 95 (1983), 240.

[58] Así v.gr. Nowakowski, Rittler-FS, 1957, 56 ss.

cuanto que ya no puede hacer plausible por qué el enfermo mental u otro inimputable no actúa culpablemente, dado que el mismo también actúa sólo conforme a su modo de ser existente. Engisch [59] opina que en el niño, en el enfermo mental o en el embriagado o bien el hecho no sería expresión de su personalidad o bien sería sólo "expresión de una personalidad tal que no resulta susceptible de ser influenciada por la pena"; el segundo caso correspondería especialmente "al supuesto de niños y adolescentes no responsables, en los que el nexo entre hecho y personalidad no sería discutible". Pero en el primer caso, en el supuesto de determinación estricta de todas las manifestaciones empíricas, difícilmente se puede representar una "personalidad" que no se exprese en la conducta real del sujeto. Y en el segundo caso, en el que el hecho del inimputable es expresión de su personalidad, la pena, según esta concepción, ya no depende en absoluto de la culpabilidad (que habría de ser afirmada), sino de la pura oportunidad o conveniencia para el fin perseguido. Así Engisch propugna que se prevea también la impunidad, cuando sea oportuno "en aquellos psicópatas en que la conducta criminal está arraigada en el carácter"; pero tampoco pone en tela de juicio la idea de "que se debe y se puede también proceder contra ellos con una pena no atenuada, cuando ello se demuestre provechoso" [60]. Pero eso significa abandonar a la pura prevención especial el efecto protector del principio de culpabilidad precisamente allí donde se debería confirmar. Tampoco está muy claro cómo se podrían establecer límites a las necesidades preventivogenerales con ayuda del principio de la culpabilidad por el carácter.

30 Figueiredo Dias subraya [61], aún más claramente que Engisch, que habría que "admitir también para la existencia psíquicamente anormal del enfermo el principio de autorrealización modificado a su modo. La anomalía psíquica no destruye el principio de personalidad...". Sin embargo pretende llegar a la absolución, porque una culpabilidad éticamente fundamentada requiere un acto de "comunicación personal" entre el juez y el acusado, que faltaría cuando la personalidad del sujeto sea inaccesible "a la observación comprensiva del juez" [62]. En el caso de la inimputabilidad no se trataría "tanto de una causa de exclusión de la culpabilidad como de un efectivo obstáculo a la constatación de la culpabilidad". Pero con la exigencia de comunicación personal entre el juez y el acusado se introduce un criterio adicional que no se contiene en el principio de esta concepción de la culpabilidad y que tampoco convence [63]. Pues la culpabilidad y la pena no pueden depender de las necesariamente

[59] Engisch, 1963 (^{2}1965), 57.
[60] Engisch, 1963 (^{2}1965), 58.
[61] Figueiredo Dias, ZStW 95 (1983), 248.
[62] Sobre el diálogo de culpabilidad o de responsabilidad, Haft, 1978; Neumann, 1985, 271 ss.; Kunz, ZStW 98 (1986), 831 ss.; Schild, 1983, 58 s., 73 ss.
[63] Roxin, ZStW 96 (1984), 648 ss.

distintas posibilidades de comprensión del respectivo juez, sino que deben ser objetivamente constatables. Tampoco se podrá decir en todos los casos de inimputabilidad que la personalidad del sujeto es completamente inaccesible a la comprensión del juez. En el supuesto de jóvenes todavía no imputables es perfectamente posible una comunicación personal, y también puede tener lugar en el supuesto de los adultos inimputables, cuando el defecto no conduce a la falta de sentido o a la imposibilidad de comprensión objetivas del hecho, sino que tiene su fundamento en la falta de capacidad de inhibición. Así fracasa aquí también el principio de la culpabilidad por el carácter en el problema de la inimputabilidad (o incapacidad de culpabilidad).

4. La culpabilidad como atribución según las necesidades preventivogenerales

En conexión con las concepciones de la teoría sistémica (Luhmann), Jakobs [64] ha desarrollado un "concepto funcional de culpabilidad", que entiende la culpabilidad como una atribución preventivogeneral. Para Jakobs [65] la "culpabilidad es funcional": "Sólo el fin dota de contenido al concepto de culpabilidad." Ve este fin en la prevención general, y concretamente entiende la "prevención general no en el sentido de intimidación, sino de ejercicio en la fidelidad al Derecho". El "fin rector y determinante de la culpabilidad" es "la estabilización de la confianza en el ordenamiento perturbada por la conducta delictiva"; mediante la atribución de culpabilidad y la punición ligada a ella se confirmaría la "corrección de la confianza en la corrección de una norma". El delito frustra las expectativas de la comunidad jurídica, y esa "frustración se compensa interpretando como fallo no la misma, sino la conducta frustrante", es decir, considerándola culpable y castigándola. "Sólo cuando exista la oportunidad de asimilar el conflicto de otra manera puede entrar a discutirse la exculpación." Como ejemplo cita: "Así v.gr. se podría entrar a discutir la exculpación de los delincuentes por instinto sólo desde el momento en que la medicina hubiera conseguido ofrecer recetas para su tratamiento." La capacidad de culpabilidad o imputabilidad no es por tanto algo que existe o no existe y que en consecuencia haya que constatar empíricamente, sino que rige lo siguiente: "La autonomía se atribuye como capacidad en el caso de que resulte 31

[64] Jakobs, AT², 17/18 ss.; idem, 1976; idem, 1982 (en: Göppinger/Bresser), 127 ss.; idem, 1982 (en: Henrichs), 69 ss. Muy similar Achenbach, 1984, 135 ss. [= El sistema moderno, 1991, 94 ss.; N. del T.], quien sin embargo pretende además sustituir el concepto de "culpabilidad" por el de "imputación individual". Cercano tb. a Jakobs, Neumann, ZStW 99 (1987), 567 ss. Haft, AT⁵, 127, considera irrenunciable la pena incluso en caso de total inexistencia de razones preventivoespeciales y preventivogenerales para la punición; pero coincide materialmente con Jakobs cuando opina que la palabra culpabilidad es un simple "modelo lingüístico", que "designa el fracaso del individuo ante las exigencias de la comunidad, que son tan importantes que se reacciona con pena a ese fracaso".

[65] Jakobs, 1976. En el orden de las citas: pp. 8, 14, 10, 31, 32, 10, 11, 17.

funcional, y sólo puede faltar cuando exista la posibilidad de asimilar el conflicto de otra manera."

32 A esta concepción se opone sobre todo el hecho de que abandona la función restrictiva de la punibilidad del principio de culpabilidad en atención a la prevención general [66]. La punibilidad del particular no depende ya de circunstancias que radican en su persona, sino de lo que presuntamente sea necesario para el ejercicio de los ciudadanos en la fidelidad al Derecho, para la estabilización de su confianza en el ordenamiento. Ello se hace plenamente patente cuando Jakobs propugna declarar culpable y castigar también al delincuente por instinto completamente incapaz de autocontrol, mientras no se conozcan métodos con perspectivas de éxito para la curación de su enfermedad. Jakobs argumenta de forma similar respecto del reincidente, cuya inferior capacidad para la observancia del Derecho admite sin más, pero ignora simplemente por razones sociales. Jakobs opina [67]: "Dado que no puede tolerarse que la alta intensidad de delincuencia sea remunerada con la indulgencia, las dificultades de observancia del Derecho que puedan comportar los delitos previos quedan como asunto del sujeto, y no disminuyen por tanto la culpabilidad."

33 Una instrumentalización tal del individuo, que sólo sirve ya como instrumento de los intereses sociales de estabilización, fue criticada por Kant [68] como violación de la dignidad humana: "El ser humano no puede ser nunca utilizado meramente como medio para los propósitos de otro y ser mezclado con los objetos del Derecho de cosas, contra lo cual le protege su personalidad innata." Dado que la dignidad humana (también y precisamente en el sentido kantiano) es declarada "intangible", una concepción como la que defiende Jakobs tropieza con reparos de orden constitucional [68a]. A ello se añade que no poseemos un parámetro para establecer lo que es necesario para la "estabilización de la confianza en el ordenamiento" y cuándo una perturbación del orden puede ser "asimilada de otra manera" sin punición. Así se deja al arbitrio del legislador o del juez y en una vacilante inseguridad lo que haya que entender por culpabilidad. Finalmente se plantea la cuestión de si una concepción del Derecho penal que intenta ser puramente preventivogeneral no destruye o ami-

[66] Cfr. más detenidamente Roxin, SchwZStr 104 (1987), 356 ss. [= CPC 1986, 671 ss.; N. del T.]. Para la crítica, además, Schünemann, 1984, 153 ss. [= El sistema moderno, 1991, 147 ss.; N. del T.]; Schöneborn, ZStW 92 (1980), 682 ss.; Arth. Kaufmann, Jura 1986, 229 s.; Bock, ZStW 103 (1991), 636; Stübinger, KJ 1993, 33.

[67] Jakobs, AT^2, 17/26.

[68] Kant, Die Metaphysik der Sitten, 1797, § 49 E.

[68a] Jakobs, 1993, 30, replica a la objeción de la "instrumentalización", señalando que en ella "se ignora que se trata exclusivamente de la descripción de las condiciones de funcionamiento de la sociedad; una descripción no instrumentaliza, sino que pone de manifiesto instrumentalizaciones existentes desde hace mucho tiempo". ¡Pero es precisamente discutible que el Derecho vigente se base en un concepto de culpabilidad hasta tal punto instrumentalizador, y problemático desde el punto de vista de la dignidad humana!

nora desde un principio, precisamente por esa intención, su efecto preventivo. Pues el que se divulgue entre la población que el si y el cómo de la pena no depende de lo que uno ha hecho con la actitud que sea, sino de lo que al juez le parezca necesario para el restablecimiento de la confianza en el ordenamiento, y que la culpabilidad se puede p.ej. negar cuando existan instituciones terapéuticas adecuadas, pero afirmarse cuando falten, provocará intranquilidad y difícilmente podrá estabilizar el sistema. Porque no puede ser útil para la "confianza en el ordenamiento" del ciudadano el que éste deba decirse que, dado el caso, la afirmación o negación de su culpabilidad no depende de su persona, sino de factores que no tienen nada que ver con él, de modo que se le convierte en un juguete de las respectivas circunstancias.

5. La culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa

Desde la posición aquí defendida hay que entender la culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa [69]. Con ello se quiere decir que hay que afirmar la culpabilidad de un sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando (aún) le eran psíquicamente asequibles "posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma" [70], cuando la posibilidad (ya sea libre, ya sea determinada) psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones existía en el caso concreto. No se trata de una hipótesis indemostrable, sino de un fenómeno científico empírico. Pues la Psicología y la Psiquiatría desarrollan cada vez en mayor medida criterios de enjuiciamiento "con los cuales se pueden constatar empíricamente las restricciones de la capacidad de autocontrol y medir su gravedad" [71]. 34

Cuando existe dicha asequibilidad normativa, partimos, sin poder ni pretender probarlo en el sentido del libre albedrío, de la idea de que el sujeto 35

[69] Más detenidamente al respecto Roxin, ZStW 96 (1984), 652 s.; idem, SchwZStr 104 (1987), 369 [= CPC 1986, 685; N. del T.]. El criterio se halla en la tradición de Franz von Liszt, quien caracterizó la imputabilidad como "determinabilidad normal por motivos" (v. Liszt, 1905, 43, 85, 219 y reiteradas veces). El término "asequibilidad normativa" se halla por primera vez en el importante trabajo de Noll, H. Mayer-FS, 1966, 219. Similitudes tb. en Gimbernat, Henkel-FS, 1974, 151 ss. [= Estudios, [3]1990, 162 ss.], quien sin embargo rechaza absolutamente el concepto de culpabilidad. Una exposición resumida de la opinión aquí defendida, en polémica con Arthur Kaufmann, la ofrece Roxin, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 519. En cambio, Frister define la imputabilidad, en su monografía (aparecida después de haberse cerrado el presente trabajo) sobre "La estructura del 'elemento volitivo de la culpabilidad'" ("Die Struktur des 'voluntativen Schuldelements'"), 1993, "como la facultad de una persona... de... decidirse de un modo y manera que no queda significativamente por debajo del nivel de diferenciación generalmente alcanzado en nuestra sociedad" (253). No puede ya tener lugar aquí una polémica con esta concepción y con las consecuencias que se extraen de ella.

[70] Albrecht, GA 1983, 207.

[71] Albrecht, GA 1983, 193, con ulteriores referencias; cfr. tb. Baurmann, 1980, 238.

posee también capacidad de comportarse conforme a la norma, y de que se convierte en culpable cuando no adopta ninguna de las alternativas de conducta en principio psíquicamente asequibles para él. El indeterminista interpretará esta suposición de libertad como empíricamente acertada. Pero asimismo podrán aceptarla el agnóstico que se declara desconocedor de la existencia o no de libre albedrío (como tal se confiesa el autor de este libro en este punto) y el determinista. Pues la misma no dice que el sujeto pudiera efectivamente actuar de otro modo —lo que precisamente no podemos saber—, sino sólo que, cuando exista una capacidad de control intacta y con ella asequibilidad normativa, se le **trata como libre** [72]. La suposición de libertad es una "aserción normativa", una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de teoría del conocimiento y de las ciencias naturales. Con la libertad no ocurre en el Derecho otra cosa que con la igualdad. Cuando el ordenamiento jurídico parte de la igualdad de todas las personas no sienta la absurda máxima de que todas las personas sean realmente iguales, sino que ordena que los hombres deben recibir un igual trato ante la ley.

36 La concepción aquí defendida de que el Derecho penal puede mantenerse al margen en la disputa filosófica y de las ciencias naturales sobre el libre albedrío puede considerarse hoy la dominante. Lackner [73] resume la inabarcable literatura científica con la constatación de "que conforme al presente estado del conocimiento no hay ningún método y probablemente nunca lo habrá que permita un pronunciamiento científicamente comprobable sobre la capacidad de una determinada persona para evitar una determinada acción en una determinada situación". Ello "ya no se pone hoy seriamente en duda".

37 A pesar de todo, mi tesis de que la suposición de libertad es una aserción normativa independiente de los datos empíricos y admisible por igual para deterministas e indeterministas ha hallado una enérgica oposición del lado indeterminista. Dreher [74] opina que para el Derecho penal el problema de la libertad no es "una cuestión que se pueda bordear, sino que es la cuestión decisiva por excelencia". La libertad y la responsabilidad serían "un elemento irrenunciable de la convivencia humana... Puesto que no poseemos otra realidad que la vivida por nosotros, el principio no necesita una prueba ni ideológica ni empírica, sino que está fuera de un ámbito susceptible de prueba". Griffel [75] supone que la libertad y la culpabilidad no serían sólo un principio regulativo jurídico, sino que estarían basadas en afirmaciones o enunciados

[72] Similar en esto Schreiber, Der Nervenarzt 48 (1977), 242 ss. Caracteriza la "culpabilidad como el uso erróneo de un poder que nos atribuimos recíprocamente en la práctica" (p. 245).

[73] Lackner, Kleinknecht-FS, 1985, 249.

[74] Dreher, 1987, en vehemente polémica contra mi concepción (loc. cit., 52-56). Las citas de loc. cit., 59, 396. Cfr. además Dreher, Spendel-FS, 1992, 13. Una discusión crít. a fondo con Dreher la proporciona Tiemeyer, ZStW 105 (1993), 483.

[75] Griffel, ZStW 98 (1986), 29 ss. (43, 42, 35 s.); además idem, GA 1989, 193 ss.

ontológicos. Habrían de "justificarse ante la propia conciencia y ante la comunidad como decisión razonable del conocimiento, reconocible intersubjetivamente y fundamentable racionalmente". No existiría "ninguna objeción fundada en contra de... aceptar... el libre albedrío... como efectivamente existente en el caso concreto, mientras no concurran circunstancias especiales". La libertad sería una "experiencia interior... irrefutable... El que sin embargo esta vivencia sea tal vez errónea no es constatable empíricamente". La libertad no sería "tan poco susceptible de prueba en el sentido de un carácter científico exacto como v.gr. la 'dignidad' del ser humano...". Para Schünemann [76] el libre albedrío no es un "simple hecho o dato bio-físico, sino una parte de la llamada reconstrucción social de la realidad y pertenece... a un estrato especialmente elemental, al menos de la cultura occidental...". Estaría "asentado en las estructuras elementales de nuestra comunicación social y ya por eso sería socialmente real...". Arthur Kaufmann [77] parte de "que en efecto no se puede probar exactamente si una persona en una situación concreta podía decidirse libremente y actuar libremente". Sin embargo la libertad no podría "ponerse por principio en absoluto en cuestión. Pues la libertad existencial del ser humano... es... en último extremo idéntica a su aptitud para la autodeterminación espiritual...".

Me parece que todas estas manifestaciones, contra la propia opinión de sus **38**
autores, más bien confirman que refutan la posición que aquí se sostiene. Pues ninguno de mis oponentes considera el libre albedrío demostrable empíricamente. Sin embargo, lo que con diversa acentuación aducen en favor de la suposición de libertad lo he dicho yo también hace mucho tiempo [78]: "Nos sentimos autorizados a la 'aserción normativa' de que una persona cuya capacidad psíquica de control en una determinada situación (aún) está en orden también puede actuar libremente, porque la autocomprensión natural del ser humano normal se basa en esta conciencia de libertad y porque una ordenación razonable de la vida humana en sociedad no es posible sin la concesión recíproca de libertad." Existe por tanto acuerdo en que el Derecho penal debe partir del libre albedrío, aunque el mismo no se pueda demostrar exactamente. El único punto diferencial podría consistir en que los adversarios estimen que un determinista o un agnóstico no podrían ni deberían adoptar esa posición, sino que habría que creer en el libre albedrío, "declararse partidario" de él, para poder basar en él regulaciones jurídicas. Sin embargo, tal pretensión no es científicamente posible ni necesaria [79].

[76] Schünemann, 1984, 163, 166 [= El sistema moderno, 1991, 154 s., 156; N. del T.]; la argumentación continúa en GA 1986, 293 ss., y 1989, 147 ss.
[77] Arth. Kaufmann, Jura 1986, 226, 227.
[78] Roxin, SchwZStr 104 (1987), 369 [= CPC 1986, 685; N. del T.].
[79] Una defensa de la concepción aquí mantenida, así como de su coincidencia con las investigaciones modernas de las ciencias sociales, la ofrece Backes, Maihofer-FS, 1988, 53 ss.

39 En la concepción aquí defendida, la culpabilidad es un dato mixto empírico-normativo [80]. Es empíricamente constatable la capacidad general de autocontrol y la asequibilidad normativa que con ella se produce [81] (con ello no se niega que en la zona límite de dicha asequibilidad normativa confluyen valoraciones, pero eso sucede en todos los conceptos jurídicos). En cambio, se atribuye normativamente —en cualquier caso por quien no quiera comprometerse a una posición indeterminista— la posibilidad, derivada de esa constatación, de conducta conforme a Derecho. Si se parte de la base de que la cuestión del efectivo poder actuar de otro modo sigue sin poder responderse, entonces tal concepto de culpabilidad resulta sin duda inadecuado para legitimar el que se cargue al sujeto con una retribución y reproches morales [82]. El mismo sólo fundamenta el deber jurídicopenal de responder por la conducta social incorrecta y previene de ingerencias más intensas, que serían posibles en virtud de un puro Derecho preventivo. Pero sin embargo toma del concepto tradicional del "poder actuar de otro modo" (*supra* nm. 18 ss.) todo lo que es apreciable en el ámbito forense. En esta medida puede ser también aceptado desde una posición indeterminista. Esta no ha de estar necesariamente ligada a la retribución y los reproches morales, que resultan de todos modos políticocriminalmente cuestionables.

40 Por lo demás, ese concepto de culpabilidad tiene la ventaja de que se corresponde con la concepción que restringe el Derecho penal a lo absolutamente indispensable socialmente. La paz y la seguridad jurídicas en una sociedad resultan de la expectativa de que a los seres humanos se les induce por regla general a la conducta fiel al Derecho mediante prohibiciones y mandatos. Por ello, cuando alguien infringe las leyes penales se produce una conmoción de la conciencia jurídica general (y con ella descontento e inseguridad) que se solventa de nuevo cuando las normas se afirman en su vigencia mediante la punición del sujeto. Si los delitos quedaran por regla general impunes, las normas perderían ampliamente su poder de motivación, y la sociedad se hundiría más y más en la anarquía. De lo anterior se deriva que la aplicación del Derecho penal es innecesaria e inadecuada cuando la suposición de que una persona era motivable por el Derecho resulta infundada por su estado mental

---

[80] Polemizando críticamente con la reciente dogmática de la culpabilidad, pero tendencialmente coincidiendo muchas veces con ella, Tiemeyer, GA 1986, 203 ss.; idem, ZStW 100 (1988), 527 ss.; idem, ZStW 105 (1993), 483.

[81] Pone esto en duda Bernsmann, 1989, 219. Discr. Haddenbrock, 1992, quien polemiza en muchos puntos con la posición aquí defendida (166 s., 190, 313 s.). Según él, la capacidad de control "no es en absoluto un criterio justiciable de capacidad de culpabilidad (imputabilidad) forense" (309). El fijarse en la asequibilidad normativa contendría en realidad "una expresión positiva para poder individual de actuar de otro modo" (314). Para él (sin perjuicio de la determinación empírica del sujeto) es imputable quien "puede exponer de modo comprensible los motivos de su delito y es capaz de purgar su delito expiándolo" (306).

[82] De acuerdo en esto W. Hassemer, StrafR[2], 238 ss.

o anímico o por las circunstancias de la situación. Así sucede con las personas mental o psíquicamente enfermas y gravemente perturbadas en su capacidad de motivación, así como con las inmaduras o con aquellas que no podían alcanzar a conocer las normas. De ellas no se espera en general que observen las normas. Si infringen la ley, no se defrauda ninguna expectativa social y la conciencia social no se conmueve. Nadie resulta estimulado a imitarlos, porque la vigencia de la norma a los ojos de la opinión pública no resulta disminuida por tales hechos.

El concepto de culpabilidad aquí defendido se apoya por tanto en una **41** justificación social de la pena y se asemeja en ello a la concepción de algunos defensores de la culpabilidad por el carácter (nm. 25 ss.) y al concepto funcional de culpabilidad de Jakobs (nm. 31 ss.). Pero salvaguarda mejor que éstos la función de protección liberal propia de un Estado de Derecho del principio de culpabilidad. Pues para el mismo, la culpabilidad no depende de necesidades preventivoespeciales o preventivogenerales vagas y cambiantes, reales o presuntas, sino de la capacidad de control del sujeto y con ello de un criterio susceptible en principio de constatación empírica, que pone un límite a la potestad punitiva del Estado. Cuando un delincuente por instinto o pasional o un psicópata ya no era susceptible de llamada por la norma en el momento del hecho, debe ser absuelto. Las necesidades estatales en sí legítimas de reaccionar con pena sobre el sujeto y ejercitar así a los ciudadanos en la fidelidad al Derecho hallan aquí su final por mor de la libertad del individuo, sin que esto resulte socialmente intolerable (cfr. nm. 40). Cuando la protección frente a sujetos peligrosos pero inculpables haga realmente indispensables las reacciones estatales, ello exige una fundamentación adicional y la imposición de un medida de seguridad; pero no debe repercutir en el concepto de culpabilidad.

La muy citada expresión de Kohlrausch [83] de que la culpabilidad como **42** poder individual sería una "ficción necesaria para el Estado" ha de ser corregida. Un Derecho penal de la culpabilidad no es en modo alguno "necesario para el Estado". Pues los fines preventivos del Estado pueden perseguirse mucho más libremente mediante un puro Derecho de medidas de seguridad. La culpabilidad es por el contrario una "suposición garante de la libertad" dirigida contra los excesos punitivos del Estado. El principio de culpabilidad no grava al ciudadano (porque las necesidades preventivas se impondrían con total independencia de la vinculación a la culpabilidad), sino que lo protege [84].

---

[83] Kohlrausch, Güterbock-FS, 1910, 26.

[84] Schünemann, 1989, 151, alega contra esta "tesis del carácter favorable" que "el actual Derecho penal de la culpabilidad efectivamente no prevé en todos, pero sí en algunos casos (concretamente en los delitos ocasionales sin peligro de reincidencia), menores presupuestos o requisitos de sanción que un Derecho de medidas indiferente a la culpabilidad". Funciona por tanto no sólo *in bonam partem*. Sin embargo, si no se pudiera disponer de una pena para tales hechos, se apreciaría según

Al mantener la persecución de fines preventivos en los límites propios del Estado de Derecho, sirve a la vez a una política criminal razonable.

6. Los detractores del principio de culpabilidad

43 No es infrecuente que el concepto de culpabilidad se considere inútil para el Derecho penal y se rechace totalmente. Estos ataques se dirigen sin embargo la mayoría de las veces contra un Derecho penal retributivo fundado en la culpabilidad, contra la deducción de reproches morales del juicio de culpabilidad o contra el indeterminismo y no alcanzan por tanto a la posición aquí defendida. Baurmann [85], que aboga por el abandono del concepto de culpabilidad, propugna incluso "sustituirlo por el concepto de la asequibilidad normativa", del que opina: "Así, la determinación de los presupuestos para intervenciones jurídicocriminales no dependería tampoco en su núcleo relacionado con la personalidad de bases metafísicas, pues la asequibilidad normativa, al contrario que el poder actuar de otro modo, es una propiedad empírica, aun cuando muy compleja, que posee un contenido determinable con independencia de especulaciones sobre el libre albedrío." Pero entonces la disputa se reduce a la pura cuestión terminológica de si se denomina o no "culpabilidad" a la realización del injusto a pesar de la existencia de asequibilidad normativa. Frente a ello, Kargl [86] opina que, conforme a mi concepción, la asequibilidad simplemente se supone, de modo que el "como si hubiera libertad" coincidiría con un no menos ficticio "como si hubiera motivabilidad". Pero ello supone un malentendido: se trata precisamente de constatar la asequibilidad normativa de un modo empíricamente controlable.

44 Ante todo, hasta ahora no se ha conseguido encontrar una alternativa al principio de culpabilidad con cuya ayuda pudieran determinarse de un modo mejor para el Estado de Derecho los presupuestos de la facultad de ingerencia del Estado. Si se quiere asegurar la impunidad del error de prohibición invencible frente al principio *"error iuris nocet"*, posibilitar en determinadas circunstancias una exención de pena en supuestos de estados pasionales intensos, psicopatías y neurosis, conseguir una atenuación obligatoria de pena en el caso del § 21 y combatir la agravación por reincidencia del (derogado entretanto por efecto de la crítica) § 48 —por mencionar sólo algunos ejem-

---

la experiencia muy general tb. aquí (¡y con razón!) un peligro de reincidencia y se acudiría a medidas de seguridad preventivas.

[85] Baurmann, 1980, 255, 238. En su libro "Zweckrationalität und Strafrecht", 1989, Baurmann considera "la dependencia de las medidas jurídicocriminales de la asequibilidad normativa" sólo "una exigencia de política jurídica" (p. 294) y aboga por un "Derecho de medidas referido al hecho", en el que la "función de protección" del principio de culpabilidad se cumpliría a través de los criterios de la "dañosidad social" y de la "motivabilidad" (p. 302); más detenidamente al respecto Seelmann, ZStW 102 (1990), 882. Baurmann, 1990, 109, ofrece una exposición resumida de su concepción; al respecto Roxin, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 533 ss.

[86] Kargl, 1982, 246; acerca de Kargl cfr. Seelmann, ZStW 102 (1990), 879.

plos, que se ampliarán posteriormente [87]—, en tal caso sólo un principio de culpabilidad consecuentemente desarrollado proporciona los medios dogmáticos para la consecución de tales finalidades propias de un Estado de Derecho [88]. Ya se demostró *supra* (§ 3, nm. 52) que el principio de proporcionalidad no resulta adecuado para ello.

Resulta vaga la tesis defendida por Kargl [89] de que "un Derecho penal únicamente sostenido sobre las instituciones jurídicoconstitucionales básicas" sería preferible al Derecho penal de la culpabilidad; ello prescindiendo por completo de que el BVerfG considera el principio de culpabilidad precisamente anclado en la "institución básica" de la dignidad humana. Scheffler [90] pretende sustituir el principio de culpabilidad por un sistema de Derecho penal fundado de modo exclusivamente criminológico y a este fin desarrolla un sistema [91] que vincula un "principio del ser objetivamente responsable" con el principio de proporcionalidad. Su opinión de que con ello "no se perdería nada de la capacidad de resolver problemas del Derecho penal de la culpabilidad" es sin embargo, conforme a lo expuesto, demasiado optimista [91a]. Cuando además Sack [92] proclama que los planteamientos modernos de la criminología tenderían a una explicación de la criminalidad que no permitiría "imputar al individuo el comportamiento desviado", sino que el comportamiento desviado debería considerarse parte integrante del sistema social e imputarse a éste, entonces ello debería desembocar consecuentemente en la abolición de toda sanción frente a las infracciones jurídicas. Pero eso sería una petición irreal, por no ser compatible con las condiciones de existencia de la sociedad. Resulta más realista y también socialmente más constructivo trabajar en el concepto mismo de culpabilidad y darle una configuración que lo libere de elementos irracionales y lo convierta en un baluarte empíricamente verificable de la limitación a la intervención propia del Estado de Derecho. 45

V. La culpabilidad para la fundamentación de la pena y para la medición de la pena

Desde Achenbach [93] se distingue de modo más claro que antes entre culpabilidad para la fundamentación de la pena y para la medición de la pena. La 46

[87] Más detenidamente tb. Roxin, SchwZStr 104 (1987), 358 ss. [= CPC 1986, 673 ss.; N. del T.].
[88] Distinto en esto Gimbernat Ordeig, Henkel-FS, 1974, 159 ss. [= Estudios, ^{3}1990, 175 ss.; N. del T.].
[89] Kargl, 1982, 437.
[90] Scheffler, 1985.
[91] Scheffler, 1987, 138.
[91a] Para una polémica más detenida con la concepción de Scheffler, cfr. Roxin, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 529 ss.
[92] Sack, 1975, 363.
[93] Achenbach, 1974, 2 ss.

culpabilidad para la fundamentación de la pena atañe a la cuestión de bajo qué presupuestos existe culpabilidad y por tanto por regla general responsabilidad jurídicopenal. De esta culpabilidad para la fundamentación de la pena, del "si" de la pena, del supuesto de hecho o tipo de conexión para la imposición de una pena, se trata en el concepto sistemático jurídicopenal de culpabilidad, del que aquí nos ocupamos. En cambio, la culpabilidad para la medición de la pena atañe al supuesto de hecho o tipo de conexión para la medición judicial de la pena y por tanto al "conjunto de los momentos que poseen relevancia para la magnitud de la pena en el caso concreto" [94]. Ambos conceptos han de separarse, porque poseen presupuestos distintos. Mientras que en la culpabilidad para fundamentación de la pena nos preguntamos por la imputabilidad o capacidad de culpabilidad y por la posibilidad de conocimiento de la prohibición, la culpabilidad para la medición de la pena depende sobre todo de los factores mencionados en el § 46. Su examen pertenece a la teoría de la medición de la pena, y por lo tanto no se ha de abordar aún aquí.

47 No obstante, la culpabilidad para la fundamentación de la pena y la culpabilidad para la medición de la pena no están completamente aisladas una de otra. La asequibilidad normativa, que decide sobre la culpabilidad para la fundamentación de la pena, repercute, en el caso de su disminución según el § 21, también en la culpabilidad para la medición de la pena. Por otro lado, características de la culpabilidad como "desconsideradamente" (§ 315 c I n.º 2) o "por brutalidad" (§ 17 n.º 2 TierSchG) pueden emplearse por el legislador en casos excepcionales para la fundamentación de la pena, aunque no tengan nada que ver con la asequibilidad normativa, sino que designen grados elevados de culpabilidad. Sucede entonces que la punibilidad no se produce ya con la simple culpabilidad dolosa, sino sólo con un grado elevado de culpabilidad.

VI. ¿Causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación?

48 Una parte de la doctrina científica [95] distingue entre causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación. En las causas de exclusión de la culpabilidad, entre las que se cuentan la falta de imputabilidad y el error de prohibición invencible, faltaría desde un principio toda culpabilidad, porque el sujeto no podía actuar de otro modo. Por el contrario, en las causas de exculpación, entre las que se incluyen sobre todo el exceso en la legítima defensa (§ 33) y el estado de necesidad disculpante (§ 35), quedaría una culpabilidad disminuida, de modo que el legislador renuncia, sólo en virtud de

[94] Achenbach, 1974, 4.

[95] Con especial énfasis Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 108; Jescheck, AT[4], § 43 II; SK[5]-Rudolphi, antes del § 19, nm. 5 s.

una especial indulgencia, a la formulación, en sí todavía posible, del reproche de culpabilidad.

Ahí se halla el punto de partida que permite advertir que en las "causas de exculpación" no se trata sólo de cuestiones de culpabilidad, sino también de otros puntos de vista; los mismos se han interpretado en esta exposición como los propios de la exclusión de la responsabilidad por falta de necesidad preventiva de punición. Sin embargo ello no justifica la rígida distinción entre "causas de exclusión de la culpabilidad" y "causas de exculpación", porque en las "causas de exclusión de la culpabilidad" no sucede en principio algo distinto [96]. También la inimputabilidad posee zonas marginales normativas, p.ej. en los estados pasionales intensos y las neurosis graves, en los que no se pueden excluir completamente consideraciones preventivas en su aceptación y negación; incluso allí donde se cree poder afirmar un mínimo de capacidad de control, debería seguir siendo posible una exención de responsabilidad jurídicopenal, cuando ello sea preventivogeneralmente defendible. Y tampoco en el error de prohibición la impunidad dependería de una invencibilidad absoluta que casi nunca se da, sino de si el sujeto, como acertadamente reza el StGB suizo (art. 20), "supuso por razones suficientes que estaba legitimado (tenía derecho) para realizar el hecho". Esas razones suficientes concurren ya cuando el sujeto ha satisfecho las exigencias normales de la fidelidad al Derecho del ciudadano y por tanto no da motivo para sanciones jurídicopenales; esto se expondrá más adelante (§ 21, nm. 39 ss.) más detenidamente. Si uno se empeña en que las "causas de exclusión de la culpabilidad", al contrario que las "causas de exculpación", no dejan ningún tipo de margen para una renuncia indulgente a la pena (es decir, una exención de pena por falta de necesidad preventiva de punición), se refuerza un rigorismo punitivo que resulta políticocriminalmente erróneo, porque contradice la opinión aceptada en principio con carácter general de que la culpabilidad es una condición necesaria, pero no suficiente de la pena estatal. 49

VII. La teoría de la responsabilidad por el hecho de Maurach

La teoría fundada por Maurach de la "responsabilidad por el hecho" [97] introduce entre la antijuridicidad y la culpabilidad la "responsabilidad por el hecho" como categoría sistemática propia y adicional y en consecuencia conoce, junto a las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad, causas específicas de exclusión de la responsabilidad por el hecho, mencionándose como las más importantes de ellas el estado de necesidad del § 35 y 50

---

[96] Tb. LK[10]-Hirsch, entes del § 32, nm. 182, subraya que no existe "una diferencia de principio".

[97] Maurach, Schuld und Verantwortung, 1948. Hoy exhaustivamente en: Maurach/Zipf, AT/1[8], §§ 31 ss.

el exceso en la legítima defensa del § 33. En estos casos "no se exculparía al sujeto individual, sino que se eximiría de responsibilidad a cualquiera para una determinada situación". La actuación no sería "aquí efectivamente correcta (existe el injusto de la acción), pero —a la vista de la naturaleza humana general— sí generalmente excusable, no sólo individualmente disculpable" [98]. Las consecuencias prácticas del reconocimiento de tales "causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho" afectarían sobre todo a dos cuestiones: en primer lugar, la participación sería impune cuando falte la responsabilidad por el hecho del autor; y, en segundo lugar, si falta la responsabilidad por el hecho, estarían excluidas las medidas de seguridad y corrección, aun cuando el sujeto sea además inimputable.

51 De lo ya expuesto se desprende que esta teoría parte de una observación correcta. En el llamado estado de necesidad disculpante y en el exceso en la legítima defensa la exención de pena efectivamente no se basa en consideraciones sobre la culpabilidad individual, sino en la reflexión de que en general no es precisa la punición de una actuación debida a tales situaciones excepcionales. No se trata por tanto de una exclusión de la culpabilidad, sino de la responsabilidad jurídicopenal. Hasta en la elección de las palabras se demuestra la proximidad a la concepción aquí defendida.

52 Pero los defensores de la teoría de la responsabilidad por el hecho extraen del punto de partida correcto consecuencias con las que no se puede estar de acuerdo. Pues la responsabilidad por el hecho no es, como dice Zipf [99], un "peldaño o elemento previo a la culpabilidad", de modo que, cuando tiene lugar su exclusión, ya ni siquiera se podría plantear —de manera similar a cuando está excluida la antijuridicidad— la cuestión de la culpabilidad, sino que en los casos del § 35 y en el exceso en la legítima defensa la antijuridicidad y la culpabilidad han de afirmarse por completo; se suprime la pena, como se ha subrayado reiteradamente, sólo porque no la requieren necesariamente razones preventivas. Los mismos no están más lejos, sino más cerca de la punibilidad que los casos en los que desde un principio está ya excluida la culpabilidad [100].

---

[98] Maurach/Zipf, AT/1[8], 31/3.

[99] Maurach/Zipf, AT/1[8], 32/1.

[100] También LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 174, señala que la teoría de la responsabilidad por el hecho trastocaría "el orden de sucesión de los peldaños o etapas de la valoración". Bacigalupo, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 463, pretende fundamentar la corrección de una categoría propia entre la justificación y la culpabilidad en que las "causas de exculpación", en especial el estado de necesidad disculpante, serían en realidad "causas de disminución del injusto". Esto contradice por un lado el tenor literal de la ley, pero sobre todo no se puede explicar desde puntos de vista de injusto la configuración del § 35 I 1 como "privilegio para los parientes". El que las circunstancias del hecho excluyentes de la responsabilidad (tb.) produzcan el efecto de disminuir el injusto no justifica la creación de una nueva categoría sistemática. La **magnitud** del injusto materialmente realizado posee tb. en los demás casos relevancia sólo para la medición de la pena.

Tampoco convencen los resultados prácticos a los que llega la teoría de la responsabilidad por el hecho. Pues la participación en un hecho en estado de necesidad exento de pena según el § 35 y en un exceso en la legítima defensa ha de considerarse por regla general punible (cfr. más detenidamente § 22, nm. 66 s.). Ni siquiera convence la apreciación de que en los casos de los §§ 35 y 33 nunca se podría aplicar una medida de seguridad. Sin duda un hecho que comete un enfermo mental en las condiciones del § 35 generalmente no supondrá un indicio de peligrosidad, de modo que una medida de seguridad está descartada entonces por esa razón conforme al § 63. Pero cuando las circunstancias concomitantes de un homicidio en sí amparado por el § 35 demuestran que el enfermo mental —p.ej. porque entra entonces en un delirio homicida a la vista de la sangre— es peligroso para la colectividad, resulta totalmente adecuado imponer una medida de seguridad. Con más razón es válido lo anterior cuando alguien, precisamente a consecuencia de una enfermedad mental, está inclinado a cometer excesos en la legítima defensa con peligro para la vida por turbación, miedo o pánico [101]. 53

VIII. Culpabilidad por el hecho y culpabilidad por la conducción de la vida

El StGB parte en la fundamentación de la pena del principio de la culpabilidad por el hecho individual. Ello significa: sólo la culpabilidad existente durante la misma realización del tipo (cfr. el tenor literal del § 20) puede convertirse en fundamento de la responsabilidad jurídicopenal. Si falta, no es lícito recurrir en vez de a ella a una "culpabilidad por la conducción de la vida" o "culpabilidad por la decisión de la vida" existente en el pasado, y que ha convertido al sujeto, por su propia conducta equivocada, en lo que es hoy. Pues una conducción "culpable" de la vida no es una realización culpable del tipo, y sólo ésta es punible. Además, tal culpabilidad por la conducción de la vida tampoco sería, al contrario que el criterio aquí defendido de la "asequibilidad normativa en la situación del hecho", apreciable en el ámbito forense y disolvería el efecto limitador, propio del Estado de Derecho, del principio de culpabilidad, que consiste precisamente en su referencia o adscripción al tipo. También las concepciones de la culpabilidad por el carácter (*supra* nm. 25 ss.) se mantienen sobre la base de la culpabilidad por el hecho individual, al tomar el carácter como fundamento de la constatación de la culpabilidad sólo en cuanto que aquél se haya manifestado en la concreta realización del tipo. 54

---

[101] Así Jescheck, AT³, 1978, § 39 V 2, y, siguiéndole, LK¹⁰-Hirsch, antes del § 32, nm. 174.

55 Pese al reconocimiento general del principio de la culpabilidad por el hecho individual, es sin embargo dudoso y discutible si la práctica y la doctrina científica en determinadas constelaciones especiales no recurren con todo conscientemente o de modo oculto, para la fundamentación de la punibilidad, a construcciones que se alejan del principio de la culpabilidad por el hecho. Esta problemática ya se ha expuesto ampliamente en relación con la alternativa entre "Derecho penal del hecho y Derecho penal de autor" (*supra* § 6, nm. 13 ss.). Con independencia de la cuestión de la posibilidad de una "culpabilidad por la conducción de la vida", Neumann ha formulado en su obra sobre "Imputación y provocación culpable previa" ("Zurechnung und Vorverschulden" [102]) la tesis de que la imputación de una conducta a la culpabilidad, en algunos casos discutidos desde hace mucho tiempo, sólo se puede fundamentar sin contradicción mediante el reconocimiento de la máxima de que no puede invocar la ausencia de culpabilidad en el momento del hecho quien haya provocado culpablemente por sí mismo su falta mediante una conducta anterior. La compatibilidad de esta tesis con el principio de culpabilidad resulta problemática, pues la provocación culpable previa es una culpabilidad distinta de aquella que el sujeto carga sobre sí mediante la comisión culpable del hecho. Los problemas concretos que surgen de esta concepción se tratarán más detenidamente en su respectivo lugar.

[102] Escrito muniqués de habilitación, 1985; idem, GA 1985, 389, siguiendo en parte las reflexiones de teoría de las normas de Hruschka, StrafR[1], 1983. Tb. Stratenwerth, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 495, sostiene ahora la tesis de que el sujeto "sería responsable por un delito doloso que comete en situación de exclusión de la culpabilidad, cuando haya provocado esa situación de manera evitable y en ese momento pudiera al menos prever que posiblemente cometería en ella tal delito".

§ 20. La capacidad de culpabilidad o imputabilidad *

Bibliografía: Katzenstein, Die Straflosigkeit der actio libera in causa, 1901; Wilmanns, Die sogenannte verminderte Zurechnungsfähigkeit als zentrales Problem der Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1927; Aschaffenburg, Zur Frage: Verminderte Zurechnungsfähigkeit, Reichsgerichts-FS, 1929, 242; Mezger, Rechtsirrtum und Rechtsblindheit, Kohlrausch-FS, 1944, 180; Nowakowski, Der mittelbare Täter als sein eigenes Werkzeug, JBl 1947, 453; Leferenz, Die rechtsphilosophischen Grundlagen des § 51 StGB, Der Nervenarzt 19 (1948), 364; Mezger, Probleme der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit, 1949; K. Schneider, Die psychopathischen Persönlichkeiten, [9]1950; Mezger, Das Verstehen als Grundlage der strafrechtlichen Zurechnung, 1951; Hadamik, Über die Bewußtseinsstörung bei Affektverbrechen, MSchrKrim 1953, 11; Würtenberger, Zur Problematik der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit, JZ 1954, 209; Oehler, Zum Eintritt eines hochgradigen Affekts während der Ausführungshandlung, GA 1956, 1; Dreher, Verbotsirrtum und § 51 StGB, GA 1957, 97 (= Bemühungen um das Recht, 1972, 205); Hadamik, Leidenschaft und Schuld, GA 1957, 101; Schröder, Verbotsirrtum, Zurechnungsfähigkeit, actio libera in causa, GA 1957, 297; Leferenz, Der Entwurf des Allg. Teils eines StGB in kriminologischer Sicht, ZStW 70 (1958), 25; Schwalm, Die Schuldfähigkeit nach dem Strafgesetzentwurf 1960, MDR 1960, 537; Witter, Affekt und Schuldunfähigkeit, MSchrKrim 1960, 20; Arm. Kaufmann, Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum, Eb. Schmidt-FS, 1961, 319; Maurach, Fragen der actio libera in causa, JuS 1961, 373; K. Schneider, Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit, [4]1961; Thomae, Bewußtsein, Persönlichkeit und Schuld, MSchrKrim 1961, 114; Cramer, Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt, 1962; Hallermann, Affekt, Triebdynamik und Schuldfähigkeit, Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin, t. 53 (1962/63), 219; Bockelmann, Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit, ZStW 75 (1963), 372; Ehrhardt, Die Schuldfähigkeit im psychiatrisch-psychologischer Sicht, en: Frey (ed.), Schuld - Verantwortung - Strafe, 1964, 277; Bertel, Begehungs- oder Unterlassungsdelikt? Zu der Lehre von der actio libera in causa, JZ 1965, 53; Engisch, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtlichen Doktrin der Gegenwart, [2]1965; Schaffstein, Die Jugendzurechnungsunfähigkeit im Verhältnis zur allgemeinen Zurechnungsfähigkeit, ZStW 77 (1965), 191; Walder, Der Affekt und seine Bedeutung im schweizerischen Strafrecht, SchwZStr 81 (1965), 24; de Boor, Bewußtsein und Bewußtseinsstörungen, 1966; Fr. W. Krause, Betrachtungen zur actio libera in causa, H. Mayer-FS, 1966, 305; H. Kaufmann, Die Regelung der Zurechnungsfähigkeit im E 1962, JZ 1967, 139; Haddenbrock, Personale oder soziale Schuldfähigkeit (Verantwortungsfähigkeit) als Grundbegriff der Zurechnungsnorm?, MSchrKrim 1968, 145; Hruschka, Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit, JuS 1968, 554; Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968; Horn, Actio libera in causa - eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur?, GA 1969, 289; Kallwaß, Der Psychopath, 1969; H. Kaufmann/Pirsch, Das Verhältnis von § 3 JGG zu § 51 StGB, JZ 1969, 358; Schwalm, Schuld und Schuldfähigkeit im Licht der Strafrechtsreformgesetze, JZ 1970, 487; Cramer, Verschuldete Zurechnungsunfähigkeit —actio libera in causa— § 330 a, JZ 1971, 766; Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971; Schlüter, Affekt und § 51 StGB aus psychiatrischer Sicht, NJW 1971, 1070; K. Schnei-

* La expresión que utiliza Roxin es "Schuldfähigkeit", cuya traducción literal es "capacidad de culpabilidad", expresión que tb. se utiliza a veces en España, pero que es menos frecuente que la de "imputabilidad", cuya traducción alemana más fiel es "Zurechnungsfähigkeit", expresión que tb. se usa, pero actualmente menos que la primera. En este parágrafo y en general en todo el libro, se traduce tanto "Zurechnungsfähigkeit" como "Schuldfähigkeit" por imputabilidad (y sus contrarios por "inimputabilidad"), si bien en ocasiones se acude a la doble traducción cuando aparece "Schuldfähigkeit" [N. del T.].

der, Klinische Psychopathologie, [9]1971; Schwarz/Wille, § 51 StGB - gestern, heute, morgen, NJW 1971, 1061; Geilen, Zur Problematik des schuldausschließenden Affekts, Maurach-FS, 1972, 173; Haddenbrock, Strafrechtliche Handlungsfähigkeit und "Schuldfähigkeit" (Verantwortlichkeit), auch Schuldformen, en: Göppinger/Witter (eds.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, t. II, 1972, 863; Lenckner, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, en: Göppinger/Witter (eds.), Handbuch der foresischen Psychiatrie, t. I, 1972, 3; Roxin, Der Anfang des beendeten Versuchs, Maurach-FS, 1972, 213; Schewe, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz, 1972; Arbab-Zadeh, Zurechnungsfähigkeit, Rauschtat und spezifisches Bewußtsein, NJW 1974, 1401; Hruschka, Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters, SchwZStr 90 (1974), 48; Krümpelmann, Motivation und Handlung im Affekt, Welzel-FS, 1974, 327; Rudolphi, Affekt und Schuld, Henkel-Fs, 1974, 199; Bertel, Die Zurechnungsfähigkeit, ÖJZ 1975, 622; Kargl, Krankheit, Charakter, Schuld, NJW 1975, 558; Kurz, Schuldunfähigkeit und verminderte Schuldfähigkeit nach neuem Strafrecht, MDR 1975, 893; v. Winterfeld, Die Bewußtseinsstörung im Strafrecht, NJW 1975, 2229; Gschwind, Zur Verminderung der Zurechnungsfähigkeit in ihrer Bedeutung für den Betroffenen, ZStW 88 (1976), 66; Krümpelmann, Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das 2. StrRG, ZStW 88 (1976), 6; Leferenz, Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das 2. StrRG, ZStW 88 (1976), 40; J.-E. Meyer, Psychiatrische Diagnosen und ihre Bedeutung für die Schuldfähigkeit im Sinne der §§ 20/21, ZStW 88 (1976), 46; Venzlaff, Ist die Restaurierung eines "engen" Krankheitsbegriffs erforderlich, um kriminalpolitische Gefahren abzuwenden?, ZStW 88 (1976), 57; Witter, Die Bedeutung des psychiatrischen Krankheitsbegriffs für das Strafrecht, Lange-FS, 1976, 723; Diesinger, Der Affekttäter, 1977; Moos, Die Tötung im Affekt im neuen österreichischen Strafrecht, ZStW 89 (1977), 796; Arbab-Zadeh, Schuldfähigkeit und Strafzumessung bei drogenabhängigen Delinquenten, NJW 1978, 2326; Bresser, Probleme bei der Schuldfähigkeits- und Schuldbeurteilung, NJW 1978, 1188; Haddenbrock, Forensische Psychiatrie und die Zweispurigkeit unseres Kriminalrechts, NJW 1979, 1235; Lange, Ist Schuld möglich?, Bockelmann-FS, 1979, 261; Mende, Die "tiefgreifende Bewußtseinsstörung" in der forensisch-psychiatrischen Diagnostik, Bockelmann-FS, 1979, 311; Roxin, Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch, JuS 1979, 1; Roxin, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Bockelmann-FS, 1979, 279 [= Culpabilidad y prevención en Derecho penal, trad., intr. y notas F. Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1981, 147]; Burkhardt, Charaktermängel und Charakterschuld, en: Lüderssen/Sack (eds.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, t. I, 1980, 87; Fr. W. Krause, Probleme der actio libera in causa, Jura 1980, 169; Puppe, Grundzüge der actio libera in causa, JuS 1980, 346; Rasch, Die psychologisch-psychiatrische Beurteilung von Affektdelikten, NJW 1980, 1309; R. Schmitt, Die "schwere andere seelische Abartigkeit" in §§ 20 und 21 StGB, ZStW 92 (1980), 346; Schumacher, Gruppendynamik und Straftat, NJW 1980, 1880; Schumacher, Pychologische Mechanismen bei der Manipulation des Rechtsbewußtseins in totalitären Systemen, en: Lüderssen/Sack (eds.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, t. I, 1980, 169; Grosbüsch, Die Affekttat, 1981; Haddenbrock, Psychiatrisches Krankheitsparadigma und strafrechtliche Schuldfähigkeit, Sarstedt-FS, 1981, 35; Hirsch, Alkoholdelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland, ZStW-Beiheft 1981, 2; Mergen, Spielsucht, Sarstedt-FS, 1981, 189; H. L. Schreiber, Bedeutung und Auswirkungen der neugefaßten Bestimmungen über die Schuldunfähigkeit, NStZ 1981, 46; Schumacher, Die Beurteilung der Schuldfähigkeit bei nichtstoffgebundenen Abhängigkeiten (Spielleidenschaft, Fetischismus, Hörigkeit), Sarstedt-FS, 1981, 361; Wolfslast, Die Regelung der Schuldfähigkeit im StGB, JA 1981, 464; Blau/Franke, Prologomena zur strafrechtlichen Schuldfähigkeit, Jura 1982, 393; Glatzel, Zur forensisch-psychiatrischen Problematik der tiefgreifenden Bewußtseinsstörung, StrV 1982, 434; Jakobs, Zum Verhältnis von psychischem Faktum und Norm bei der Schuld, en: Göppinger/Bresser (eds.), Sozialtherapie, 1982, 127; Rasch, Angst vor der Abartigkeit, NStZ 1982, 177; Albrecht, Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts, GA 1983, 193; Behrendt, Affekt und Vorverschulden, 1983; de Boor, Aversionsneurosen. Ihre Bedeutung im Rahmen der §§ 20, 21 StGB, Klug-FS, 1983, 571; Bresser, Schuldfähigkeit und Schuld - Die Ambivalenz ihrer Beurteilung, Leferenz-FS, 1983, 429; Glatzel, Tiefgreifende Bewußtseinsstörung nur bei der sog. Affekttat?, StrV 1983, 339; Krümpelmann, Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs, GA 1983, 337; Küper, Aspekte der "actio libera causa", Leferenz-Fs, 1983, 573; Streng,

Richter und Sachverständiger. Zum Zusammenwirken von Strafrecht und Psychowissenschaften bei der Bestimmung der Schuldfähigkeit, Leferenz-FS, 1983, 397; Witter, Wissen und Werten bei der Beurteilung der strafrechtlichen Schuldfähigkeit, Leferenz-FS, 1983, 441; Wolter, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld?, Leferenz-FS, 1983, 545; Hruschka, Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf, ZStW 96 (1984), 661; Rasch, Die Zuordnung der psychiatrischen-psychologischen Diagnosen zu den vier psychischen Merkmalen der §§ 20, 21 StGB, StrV 1984, 264; Rautenberg, Verminderte Schuldfähigkeit, 1984; Glatzel, Forensische Psychiatrie. Der Psychiater im Strafprozeß, 1985; Jäger, Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens, 1985; Lackner, Neuorientierung der Rechtsprechung im Bereich des Vollrauschtatbestandes?, Jescheck-FS, 1985, 645; Lackner, Prävention und Schuldunfähigkeit, Kleinknecht-FS, 1985, 245; Neumann, Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung, GA 1985, 389; Neumann, Zurechnung und "Vorverschulden", 1985; Paeffgen, Actio libera in causa und § 323 a StGB; Rasch/Volbert, Ist der Damm gebrochen? Zur Entwicklung der Anwendung der §§ 20, 21 StGB seit dem 1.1.1975, MSchrKrim 1985, 137; Venzlaff, Die forensisch-psychiatrische Beurteilung affektiver Bewußtseinsstörungen, Blau-FS, 1985, 391; Bochnik/Gärtner, Neurosebegriffe und § 20 StGB, MedR 1986, 57; Forster/Rengier, Alkoholbedingte Schuldunfähigkeit und Rauschbegriff des § 323 a StGB aus medizinischer und juristischer Sicht, NJW 1986, 2869; Luthe, Schuldfähigkeit - ein rationales Mittel sozialer Regulation?, SchwZStr 103 (1986), 345; Luthe/Rösler, Die Beurteilung der Schuldfähigkeit bei akuter alkoholtoxischer Bewußtseinsstörung, ZStW 98 (1986), 314; Mahlmann, Verwissenschaftlichung des Rechts - Verrechtlichung von Wissenschaft?, 1986; Merkel "Enger" Neurosebegriff und § 20 StGB, MedR 1986, 53; Otto, Actio libera in causa, Jura 1986, 426; Roxin, Die Schuldunfähigkeit Erwachsener im Urteil des Strafrechts, Spann-FS, 1986, 457; Schewe, Blutalkoholwert und Schuldfähigkeit, Venzlaff-FS, 1986, 39; Schreiber, Rechtliche Grundlagen der Schuldunfähigkeitsbeurteilung, en: Venzlaff, Psychiatrische Begutachtung, 1986, 4; Eickhoff, Die Benachteiligung des psychisch kranken Rechtsbrechers im Strafrecht, NStZ 1987, 65; Kröber, "Spielsucht" und Schuldfähigkeit, Forensia 8 (1987), 113; Krümpelmann, Schuldzurechnung unter Affekt und alkoholisch bedingter Schuldunfähigkeit, ZStW 99 (1987), 191; Pickenpack, Vollrausch und "der sichere Bereich des § 21", tes. doct. Göttingen, 1987; Rengier/Forster, Die sogenannten "Promillegrenzen" zur alkoholbedingten Schuldunfähigkeit aus juristisch-medizinischer Sicht, BA 1987, 161; Roxin, Bemerkungen zur actio libera in causa, Lackner-FS, 1987, 307 [= Observaciones sobre la "actio libera in causa", trad. F. Muñoz Conde, ADPCP 1988, 21]; Schewe, Die "mögliche" Blutalkoholkonzentration von 2 ‰ als "Grenzwert der absoluten verminderten Schuldfähigkeit"?, JR 1987, 179; Witter, Die Grundlagen für die Beurteilung der Schuldfähigkeit im Strafrecht, en: Witter (ed.), Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht, 1987, 37; Ziegert, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987; Burkhardt, Tatschuld und Vorverschulden, en: Eser et al. (eds.), Drittes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, 1988, 147; Foerster, Kann die Anwendung einer klinischen Beeinträchtigungsschwere-Skala hilfreich sein bei der Feststellung einer "schweren seelischen Abartigkeit"?, NStZ 1988, 444; Hettinger, Die "actio libera in causa": Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit?, 1988; B. Jäger, Nicht nur wegen des Wortes "wegen"!, R & P 1988, 2; Joerden, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs, 1988; Krümpelmann, Affekt und Schuldfähigkeit, 1988; Landgraf, Die "verschuldete" verminderte Schuldfähigkeit, 1988; G. Meyer, Die Beurteilung der Schuldfähigkeit bei Abhängigkeit vom Glücksspiel, MSchrKrim 1988, 213; Rautenberg, Die psychiatrisch-strafrechtliche Beurteilung der sog. Psychopathen in historischer Sicht, SchlHA 1988, 2; Salger, Die Bedeutung des Tatzeit-Blutalkoholwertes für die Beurteilung der erheblich verminderten Schuldfähigkeit, Pfeiffer-FS, 1988, 379; Witter, Somatopathologische oder psychopathologische Feststellung der Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit?, MSchrKrim 1988, 410; Bernsmann, Affekt und Opferverhalten, NStZ 1989, 160; Blau, Die Affekttat zwischen Empirie und normativer Bewertung, Tröndle-FS, 1989, 109; Blau, Methodologische Probleme bei der Handhabung der Schuldunfähigkeitsbestimmungen des Strafgesetzbuches aus juristischer Sicht, MSchrKrim 1989, 71; Blau, Promillegrenze und verminderte Schuld, BA 1989, 1; Frisch, Grundprobleme der Bestrafung "verschuldeter" Affekttaten, ZStW 101 (1989), 538; Hettinger, Zur Strafbarkeit der "fahrlässigen actio libera in causa", GA 1989, 1; Hruschka, Probleme der actio libera in causa heute, JZ 1989, 310; Hübner, Glücksspiel, Schuldfähigkeit und Beschaffungskriminalität, MSchrKrim 1989, 236; Katoh,

Behandlung des geistig gestörten Täters etc., en: Scholler/Philipps (eds.), Jenseits des Funktionalismus, 1989, 163; Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989; Mehle, Vorsatz und Fahrlässigkeit im Verkehrsstrafverfahren unter besonderer Berücksichtigung der actio libera in causa, Verkehrsstrafrecht, 1989, 22; Salger, Zur forensischen Beurteilung der Affekttat im Hinblick auf eine erheblich verminderte Schuldfähigkeit, Tröndle-FS, 1989, 201; Schroth, Der fahrlässige Verlust der Steuerungsfähigkeit etc., en: Scholler/Philipps (eds.), Jenseits des Funktionalismus, 1989, 109; Schünemann, Die Entwicklung der Schuldlehre in Deutschland, en: Hirsch/Weigend (eds.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, 147; Stratenwerth, Vermeidbarer Schuldausschluß, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 485; Streng, Schuld ohne Freiheit, ZStW 101 (1989), 273; Wegener, Seelische Abartigkeit (§ 20 StGB), KJ 1989, 316; Bloy, Recens. de Hettinger, Die "actio libera in causa" (1988), GA 1990, 77; Glatzel, Die Bedeutung des Nachweises einer Hirnverletzung für die Beurteilung der Schuldfähigkeit, StrV 1990, 132; Krümpelmann, Die strafrechtliche Schuldfähigkeit bei Affekttaten, R & P 1990, 150; Meyer/Fabian/Wetzels, Kriminalpsychologische Aspekte und die forensisch-psychologische Wertung des pathologischen Glücksspiels, StrV 1990, 464; Neumann, Recens. de Krümpelmann, Affekt und Schuldfähigkeit (1988), GA 1990, 371; Renzikowski, Forensische Psychiatrie und Strafrechtswissenschaft, NJW 1990, 2905; Rupp-Diakojanni, Die Schuldfähigkeit Jugendlicher etc., 1990; Castaldo, Der durch Geisteskrankheit bedingte Irrtum: ein ungelöstes Problem, ZStW 103 (1991), 541; Foerster/Heck, Zur Quantifizierung der sogenannten schweren anderen seelischen Abartigkeit, MSchrKrim 1991, 49; Foth, Alkohol, verminderte Schuldfähigkeit, Strafzumessung, NJ 1991, 386; v. Gerlach, In dubio pro reo und Schuldfähigkeit im Bereich der Alkoholdelinquez, Hanack-FS, 1991, 165; Grasnick, Die Freiheit, die wir meinen, JR 1991, 364; Haddenbrock/Luthe/Witter, "Strafrechtlich schuld(un)fähig": psychowissenschaftlicher Befund oder normative Bewertung? JR 1991, 225; Haffke, Zur Ambivalenz des § 21 StGB, R & P 1991, 94; Leygraf/Windgassen, Psychiatrische und forensische Aspekte krankhafter Diebstahlshandlungen, StrV 1991, 86; Rasch, Die psychiatrisch-psychologische Beurteilung der sog. schweren anderen seelischen Abartigkeit, StrV 1991, 126; Acher/Bischof, Hörigkeit und Schuldfähigkeit, MSchrKrim 1992, 136; Brandstetter, Grundfragen der Deliktsverwirklichung im Vollrausch, 1992; Frank/Harrer (eds.), Kriminalprognose. Alkoholbeeinträchtigung. Rechtsfragen und Begutachtungsprobleme, 1992; Goydke, Probleme der Zurechnung und Schuldfähigkeit im Strafverfahren, en: DAV (ed.), Verkehrsstrafverfahren etc., 1992, 7; Haddenbrock, Soziale oder forensische Schuldfähigkeit (Zurechnungsfähigkeit), 1992; Herzberg, Gedanken zur actio libera in causa: Straffreie Deliktsvorbereitung als "Begehung der Tat" (§§ 16, 20, 34 StGB)?, Spendel-FS, 1992, 203; Kotsalis, Verminderte Schuldfähigkeit und Schuldprinzip, Baumann-FS, 1992, 33; Schmidhäuser, Die actio libera in causa, 1992; L. H. Schreiber, Drogenabhängigkeit und Spielsucht im Vergleich, 1992; Blau, Paraphrasen zur Abartigkeit, Rasch-FS, 1993, 113; Frister, Die Struktur des "voluntativen Schuldelements", 1993; Glatzel, Die affektabhängige Tötungshandlung als Zeitgestalt, etc., StrV 1993, 220; Krümpelmann, Die strafrechtliche Beurteilung sogenannter Vorgestalten der Tat im Syndrom der homizidalen Tatbereitschaft, Rasch-FS, 1993, 157; Neumann, Konstruktion und Argument in der neueren Diskussion zur actio libera in causa, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 581; Rasch, Zweifelhafte Kriteriologien für die Beurteilung der tiefgreifenden Bewußtseinsstörung, NJW 1993, 757; Schumacher, Gruppendynamik und strafrechtliche Schuldfähigkeit, StrV 1993, 549; Salger/Mutzbauer, Die actio libera in causa - eine rechtswidrige Rechtsfigur, NStZ 1993, 561; Saß (ed.), Affektdelikte, 1993.

A. La capacidad de culpabilidad o imputabilidad en los adultos

I. Los fundamentos de la regulación legal

1 El legislador parte de la base de que el adulto que realiza un injusto jurídicopenal normalmente es imputable. Por eso no regula —al contrario que en el caso de los adolescentes (cfr. nm. 51)— la imputabilidad, sino su falta

excepcional: la incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad (§ 20). La disposición del § 20 está estructurada en dos peldaños o etapas. Menciona en un primer peldaño cuatro estados o diagnósticos psicopatológicos: el trastorno psíquico patológico, el trastorno profundo de la conciencia, la oligofrenia * y la anomalía psíquica grave. Sólo una vez que se ha constatado uno de estos estados o diagnósticos se ha de decidir en un "segundo peldaño" de examen de la imputabilidad si el sujeto, debido a ello, "es incapaz de comprender el injusto ** del hecho o de actuar conforme a esa comprensión".

Tradicionalmente se habla aquí de un método biológico-psicológico de constatación de la inimputabilidad [1]. La base del mismo es la idea de que primero habrían de ser constatados determinados estados orgánicos ("biológicos"), y que a continuación se habría de examinar si estaba excluida por ellos la capacidad "psicológica" de comprensión o de inhibición. Sin embargo, de ese modo no se caracterizan correctamente los datos, pues muchos trastornos de conciencia (v.gr. el estado pasional intenso, la oligofrenia normal-psicológica y la anomalía psíquica grave, que comprende sobre todo las psicopatías, las neurosis y las anomalías de los instintos) no se deben a manifestaciones de deficiencias corporales-orgánicas (biológicas). Tampoco la constatación de la capacidad de actuar de otro modo es, como se expuso *supra* (§ 19, nm. 35-39), un dato psicológico, sino que se basa sustancialmente también en una aserción normativa. Por eso en la literatura científica se habla hoy con frecuencia de un método "psíquico-normativo" o "psicológico-normativo" [2]. Ello es mejor, pero tampoco acaba de acertar exactamente en la cuestión. Pues tampoco los estados psicológicos defectuosos son del todo constatables sin una aportación valorativa (normativa), como lo demuestran las características "grave" y "pro- 2

* Traduzco "Schwachsinn" por "oligofrenia", como suele ser habitual, si bien este término parece que va siendo abandonado por la Psicología y la Psiquiatría modernas, para sustituirlo por otros (insuficiencia o deficiencia o retraso intelectual o mental, debilidad mental, etc.); la palabra alemana tampoco impediría escoger una traducción más al día, pues literalmente oligofrenia se traduciría en alemán por "Oligophrenie". Sin embargo, opto por la traducción tradicional porque tradicional es la clasificación que de esta clase de trastorno realiza Roxin (*infra* nm. 22, donde se incluye la debilidad —"Debilität"— como grado inferior, con lo que una traducción de "Schwachsinn" p.ej. como "debilidad mental" podría dar lugar a confusión) [N. del T.].

** Traduzco "Unrecht" por "injusto" para mantener la traducción más habitual de esa palabra, pero resultaría al menos igual de correcta y seguramente más elegante y más conforme con la utilización de los términos en otras ramas del Derecho e incluso en el lenguaje común la palabra "ilicitud", que es la que, por cierto, utiliza el art. 20.1.° CP. Sobre la utilización del término "injusto" (y similares) en Derecho penal, véase Luzón Peña, Curso de DP, PG I, Madrid, Universitas, 1996, 330; véase tb. la N. del T. del § 21, nm. 8, entre nn. 6 y 7 [N. del T.].

1 Cfr. simplemente Jescheck, AT [4], § 40 III 1, quien censura la imprecisión que supone (loc. cit., n. 19); similar la Fundamentación del P 1962, BT-Drucks. IV/650, 137.

2 Jescheck, AT [4], § 40 III 1, y Sch/Sch/Lenckner [24], § 20, nm. 1 ("psíquico-normativo"); Jakobs, AT[2], 18/3 ("psicológico-normativo"); Schreiber, NStZ 1981, 46 ss.; SK [5]-Rudolphi, § 20, antes del nm. 3, y LK [10]-Lange, §§ 20/21, nm. 12, hablan de método "biológico-normativo"; LK [11]-Jähnke, § 20, nm. 14 ss., propugna determinar la inimputabilidad de modo "biológico-psicológico-normativo".

funda". Por otro lado, la capacidad de comprensión y de inhibición, como criterio decisivo para la asequibilidad normativa, al menos desde la opinión aquí defendida, no se basa por completo en una atribución puramente normativa, sino que posee un fundamento empírico-psicológico (cfr. § 19, nm. 34-39). Ambos "pisos" requieren por tanto igualmente un proceso "psicológico-normativo", de modo que es mejor renunciar a una caracterización metodológica diferente de los dos pasos de verificación.

3 La actual regulación de los criterios psicopatológicos de conexión es el resultado de una disputa entre el concepto "psiquiátrico" y el concepto "jurídico" de enfermedad y sólo se puede comprender plenamente desde el trasfondo de la historia legislativa [3]. El § 51, vigente hasta finales de 1974, de la antigua Parte general contenía los tres elementos psicopatológicos del "trastorno de conciencia", del "trastorno patológico de la actividad mental" y de la "oligofrenia" *. El caso de mayor relevancia práctica del "trastorno patológico de la actividad mental" se entendía por la influyente escuela de Kurt Schneider [4] de tal modo que concurría sólo cuando las manifestaciones de deficiencias se debían a causas corporales-orgánicas; éstas debían al menos, como en las psicosis endógenas, poder ser presumidas (postuladas) [5]. Las psicopatías, neurosis y anomalías de los instintos que no tienen su origen en defectos corporales se consideraban "variedades del ser humano" y no debían exculpar. La jurispr. había ido más allá de este concepto psiquiátrico estricto de enfermedad y había reconocido como "trastorno patológico de la actividad mental" también manifestaciones psicopatológicas de carácter no orgánico: "A éste (scil. al concepto jurídico de enfermedad) pertenecen no sólo las enfermedades mentales en sentido clínico-psiquiátrico, sino todo tipo de trastornos de la actividad intelectual así como de la vida volitiva, afectiva o instintiva que menoscaban las representaciones y sentimientos, existentes en una persona normal y mentalmente madura, que capacitan para la formación de la voluntad... Lo mismo puede decirse también de un instinto sexual que... está tan acentuada que su portador no puede resistirse de manera suficiente a ella, ni siquiera empleando toda la fuerza de voluntad que posee" (BGHSt 14, 32).

[3] Sobre ella, más detenidamente, Krümpelmann, ZStW 88 (1976), 6 ss.; Lenckner, 1972, 109 ss.; Schreiber, NStZ 1981, 46 ss. Un "análisis argumentativo crítico de la dicusión sobre la reforma del Derecho penal" lo ofrece Mahlmann, 1986; exhaustivamente además AK-Schild, §§ 20/21, nm. 16 ss.

* Traduzco "Geistesschwäche" por "oligofrenia", al igual que "Schwachsinn", que es la palabra que hoy utiliza el StGB (aunque cfr. N. del T. incluida en el nm. 1), porque no creo que en castellano puedan encontrarse dos expresiones que signifiquen lo mismo y que además tengan un tenor similar. Por tanto, dejo aquí constancia de la variación en el tenor del StGB, que no se refleja en la traducción [N. del T.].

[4] Cfr. K. Schneider, [9]1971; idem, [9]1950; idem, [4]1961.

[5] Sobre el hecho de que este concepto "biologicista" de enfermedad tampoco estaba en modo alguno reconocido con carácter general en la psiquiatría, cfr. simplemente Venzlaff, ZStW 88 (1976), 57 ss.

El P 1962 había pretendido codificar, en contra de esta jurispr., el concepto **4** "psiquiátrico" de enfermedad, y que trastornos psíquicos como las psicopatías, neurosis y anomalías de los instintos nunca pudieran producir un efecto exculpatorio, sino a lo sumo atenuatorio de la culpabilidad (§§ 24 y 25). La razón de lo mismo consistía en el temor de que, de lo contrario, se podía llegar a una "rotura del dique", es decir a numerosas absoluciones insostenibles por inimputabilidad, a costa de las necesidades preventivogenerales. En las deliberaciones de la Comisión especial las cosas sin embargo volvieron a tomar otro rumbo [6], porque los expertos habían explicado que también en algunos casos, aunque escasos (se trataba sobre todo del dos por ciento de los psicópatas acusados) [7], de trastornos psíquicos sin base "biológica" debería apreciarse la exclusión de la capacidad de comprensión o de inhibición. A la Comisión no le pareció aceptable declarar en esos casos bien sólo una disminución de la culpabilidad o bien subsumirlos en el concepto del "trastorno patológico de la actividad mental", que en realidad sólo abarcaría defectos orgánicos. Sería precisa "aquí una regulación tanto más indiscutible cuanto que los preceptos sobre inimputabilidad e imputabilidad disminuida representan un reflejo de la credibilidad de la adhesión al principio de culpabilidad". Así se estableció la expresión "otra anomalía psíquica grave", como concepto colectivo para los trastornos psíquicos sin base orgánica, junto al "trastorno psíquico patológico", que presupone un estado físico corporal.

La oligofrenia, no discutida desde un principio en cuanto a su posible efecto **5** exculpante, quedó en el § 20 como elemento autónomo, pese a que sólo se entiende por el legislador como una manifestación de la "anomalía psíquica grave" y sólo habría precisado de mención separada, si los restantes casos de ésta se hubieran remitido a la imputabilidad únicamente disminuida. Finalmente, el "trastorno profundo de la conciencia" abarca deficiencias de capacidad de control que no tienen causa patológica o psicológicamente "anómala", como los estados hipnóticos o los estados pasionales graves.

El "método mixto", que convierte determinados estados o diagnósticos psi- **6** copatológicos en la base de un ulterior juicio sobre la capacidad de comprensión y de inhibición del sujeto, ha sido preferido por el legislador a las otras dos posibilidades, sea la de fijarse sólo en determinadas formas de trastorno psíquico, sea la de fijarse únicamente en la capacidad de comprensión y de inhibición, renunciando a puntos de conexión concretos. El primer procedimiento fue desechado, porque por regla general la inimputabilidad no se puede constatar en abstracto en razón de un determinado estado o diagnóstico, sino sólo en atención al hecho concreto. Ni siquiera los trastornos psíquicos patológicos deben excluir la capacidad de culpabilidad o imputabilidad respecto

---

[6] Cfr. sobre todo las deliberaciones de la 25.ª sesión (5.ª legislatura), ProtSondBT V, 477 ss.
[7] Cfr. el segundo informe escrito de la Comisión especial, BT-Drucks. V/4095, 10.

de cualquier conducta: "La misma persona puede ser inimputable en determinados momentos respecto de determinados hechos, y sin embargo no serlo en otros momentos respecto de otros hechos" [8].

7 Más lógico parece el renunciar por completo a determinados estados psicopatológicos de conexión y fijarse sólo en la capacidad de comprensión y de inhibición, que es la que al final resulta de todos modos decisiva [9]. Así, todavía en las deliberaciones de la Comisión especial, Arndt [10] había propuesto formular simplemente así el actual § 20: "Actúa sin culpabilidad quien es incapaz de comprender el injusto del hecho o de actuar conforme a esa comprensión." Ello no se impuso, porque no se quería renunciar a ofrecer al juez indicaciones respecto de los presupuestos sólo bajo los cuales podría plantearse una inimputabilidad. Se invocaba un "valor como guía y control" [11] de estos conceptos y se temía que, en caso de suprimirlos, se produjeran una gran inseguridad jurídica y declaraciones de inimputabilidad guiadas por el sentimiento sin comprobación o diagnóstico suficiente. Naturalmente se plantea entonces la cuestión de si se puede aplicar analógicamente el § 20 cuando determinados datos excluyen la capacidad de control, sin que concurra uno de los cuatro estados o diagnósticos de conexión. En contra de una opinión extendida [12], hay que contestar en principio afirmativamente [13], pues cualquier otra hipótesis atenta contra el principio de culpabilidad. Pero la cuestión apenas posee trascendencia práctica, porque los conceptos del "trastorno de la conciencia" y de la "anomalía" están concebidos de un modo tan amplio que presumiblemente pueden comprender todas las circunstancias que se planteen.

II. Los estados de conexión biológico-psicológicos [14]

1. El trastorno psíquico patológico

8 Este concepto reemplaza al antiguo "trastorno patológico de la actividad mental" y comprende aquellos trastornos psíquicos que se deben a causas

[8] Fundamentación del P 1962, BT-Drucks. IV/650, 138.

[9] En profundidad al respecto, desde la perspectiva de su particular concepción de culpabilidad, Jakobs, 1982, 127 ss.

[10] Arndt, ProtSondBT V, 478.

[11] Güde, ProtSondBT V, 481.

[12] Cfr. v.gr. LK [11]-Jähnke, § 20, nm. 3; Sch/Sch/Lenckner [24], § 20, nm. 5; SK [5]-Rudolphi, § 20, nm. 5; Maurach/Zipf, AT/ 1[8], 36/27.

[13] Como aquí en el resultado al que llegan, LK [10]-Lange, §§ 20/21, nm. 13, con ulteriores referencias; Jakobs, AT [2], 18/7.

[14] Entre la cuantiosa literatura especializada médico-psiquiátrica, sobre la que no se puede tomar postura en particular en el marco de un tratado jurídico, cfr. sólo Ehrhardt/Villinger, Forensische und administrative Psychiatrie, en: Gruhle (ed.), Psychiatrie der Gegenwart, t. III, [1]1961, 181 ss.; Langelüddeke/Bresser, Gerichtliche Psychiatrie, [4]1976; Rasch, Schuldfähigkeit, en: Ponsold (ed.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 1967; Schewe, Forensische Psychopathologie, en:

corporales-orgánicas. El anterior concepto, que se fijaba sólo en el trastorno de la "actividad mental", había sido ya siempre demasiado estrecho, pues las enfermedades en cuestión pueden conducir a manifestaciones de deficiencias no sólo en el terreno intelectual, sino en todos los ámbitos psíquicos. La expresión actual de "trastorno psíquico" abarca todo el ámbito de lo psíquico, es decir, el trastorno mental en el sentido estricto de la expresión sólo como uno más entre otros. El "trastorno" no presupone siquiera que existiera previamente un estado de no trastorno; también las dolencias congénitas pueden ser "trastornos psíquicos patológicos".

Pertenecen a los "trastornos psíquicos patológicos" en primer término las 9
psicosis exógenas. "Exógeno" significa: que penetra en el organismo desde fuera. Con ello se hace referencia a enfermedades que se deben a trastornos orgánicos cerebrales demostrables; se habla por ello también de "psicosis física o corporalmente fundadas" [15]. Encajan aquí v.gr. las psicosis traumáticas (por lesiones cerebrales), las psicosis por intoxicación, a las que pertenecen, según la concepción más reciente, también los estados de embriaguez producidos por alcohol u otros medios; las psicosis por infección (como la parálisis progresiva), las dolencias convulsivas organicocerebrales (epilepsia) y los casos de desintegración de la personalidad con base organicocerebral (arterioesclerosis cerebral y atrofia cerebral) [16]. También p.ej. la meningitis cerebral, los tumores cerebrales o las afecciones metabólicas del cerebro pueden conducir a trastornos psíquicos patológicos.

La embriaguez era concebida antiguamente la mayoría de las veces como 10
trastorno de la conciencia, pero hoy hay que encuadrarla aquí, porque (al igual que en la embriaguez por drogas o medicamentos) se trata de intoxicaciones corporales; claro está que el encuadre no posee trascendencia práctica alguna. No es posible aquí una consideración más detenida de la inabarcable jurispr. acerca de los delitos cometidos bajo influencia del alcohol (especialmente en el tráfico automovilístico) [17]. Señalemos sólo que, en relación con el consumo de alcohol, no se puede indicar un límite determinado de un tanto por mil para que se produzca de la inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad, sino que depende de las circunstancias del caso concreto. Con más de un 3 ‰ existirá con frecuencia inimputabilidad (BGH StrV 1990, 107: "indicio considerable"); sin embargo no hay una regla de experiencia de este tipo con validez general

---

Schwerd (ed.), Rechtsmedizin, [4]1986; Witter, Allgemeine und spezielle Psychopathologie, en: Göppinger/Witter (eds.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, t. I, 1972, 429 ss.; idem, Die Beurteilung Erwachsener im Strafrecht, op. cit., t. II, 1972, 966 ss.; Venzlaff, Aktuelle Probleme der forensischer Psychiatrie, en: Kisker et al. (eds.), Psychiatrie der Gegenwart, t. III, [2]1975, 883 ss. Cfr. además la relación bibliográfica C. en LK [11]-Jähnke, § 20.

[15] Wolfslast, JA 1981, 465.

[16] Cfr. la enumeración en la Fundamentación del P 1962, BT-Drucks. IV/650, 138.

[17] En la literatura científica reciente: Luthe/Rösler, ZStW 98 (1986), 314; Schewe, Venzlaff-FS, 1986, 39; Krümpelmann, ZStW 99 (1987), 191; Rengier/Forster, BA 1987, 161.

(BGH GA 1974, 344; 1988, 271); según BGH NStZ 1987, 545, no se daría necesariamente aún un caso del § 20 incluso con un 3,94 ‰. Por debajo del 3 ‰ una persona habituada al alcohol no es por regla general inimputable (BGH VRS 28 [1965], 190), y por debajo del 2,5 ‰ se mantiene la imputabilidad la mayoría de las veces también en los demás casos [18]. Con el 2 ‰ sólo en circunstancias muy especiales se ha de apreciar una inimputabilidad, p.ej. cuando la ingesta de medicamentos o un estado pasional intenso producen un efecto acumulativo [19]; en cambio, se habrá de apreciar por regla general un caso del § 21 [19a]. No obstante, a la constatación del tanto por mil de contenido de alcohol, debe añadirse siempre una valoración global psicodiagnóstica [20].

11 No obstante, en la inimputabilidad producida por el alcohol, el sujeto no queda por regla general impune, sino que puede ser castigado por la embriaguez según el § 323 a o por una *actio libera in causa* (cfr. nm. 55 ss.). Si se mantiene la imputabilidad, el hecho cometido bajo la influencia del alcohol es punible, pero se puede apreciar una imputabilidad disminuida (§ 21) (al respecto, nm. 32 ss.) [21]. Junto a ello se produce la punibilidad por embriaguez en el tráfico (§ 316); la jurispr. aprecia una inaptitud absoluta para conducir con un 1,1 ‰ [22] —o sea, mucho antes de que se produzca la inimputabilidad—, si bien aquélla puede producirse incluso antes en el caso concreto.

12 Entre los trastornos psíquicos patológicos se cuentan además las psicosis endógenas. "Endógeno" significa: que procede del interior del cuerpo, que viene de dentro. Se designan así los trastornos psíquicos cuya base corporal-orgánica no ha sido demostrada claramente hasta el momento, pero que la ciencia presume (postula). Entre ellas se cuentan los dos grandes círculos de la esquizofrenia y la ciclotimia. La ciclotimia se caracteriza también como "demencia maniaco-depresiva"; recibe ese nombre porque en ella a menudo se suceden fases maniacas y depresivas en determinados "ciclos".

2. El trastorno profundo de la conciencia [23]

13 Con este concepto se designarían trastornos de la conciencia no patológicos, "psicológicamente normales"; el resto de los casos queda comprendido ya por los "trastornos psíquicos patológicos". Pertenecen a este grupo trastornos de conciencia v.gr. debidos a agotamiento, exceso de fatiga, sopor, acciones bajo

---

[18] Con un 2,6 ‰ el BGH aprecia incluso para los sujetos habituados al alcohol "con una alta probabilidad" una imputabilidad notablemente disminuida (BGH JR 1988, 208, con com. de Blau; BGH StrV 1989, 14).

[19] Cfr. BGH StrV 1987, 341; respecto a la concurrencia de estado pasional y alcohol, tb. BGH StrV 1989, 104.

[19a] BGH StrV 1989, 14; NStZ 1991, 481, con com. crít. de A. Mayer, NStZ 1991, 526.

[20] Contra una "absolutización esquematizadora del valor de alcohol en sangre" ahora tb. BGH NStZ 1988, 54 s.

[21] Sobre la fuerza indicativa de los valores por mil para la constatación de la imputabilidad notablemente disminuida, cfr. Salger, Pfeiffer-FS, 1988, 379; Witter, MSchrKrim 1988, 410; Foth, NJ 1991, 386.

[22] BGHSt 37, 89.

[23] Al respecto: de Boor, 1966; v. Winterfeld, NJW 1975, 2229 ss.

hipnosis o en estados posthipnóticos y sobre todo también determinadas formas de estado pasional. No obstante, estos trastornos de la conciencia deben ser "profundos". Así "se deben eliminar todos los trastornos de conciencia que se mantienen aún dentro de los márgenes de lo normal. También la persona normal sufre una y otra vez mermas más o menos fuertes de la conciencia, se deban a la falta de sueño, a agotamiento, excitación, pánico o a cualesquiera otras causas corporales o psíquicas. Tales estados por regla general no pueden ser tenidos en cuenta en el ámbito de la imputabilidad, sino en todo caso en la valoración de la medida de la culpabilidad" [24]. Originariamente el legislador había querido expresar lo anterior exigiendo un trastorno de la conciencia "equivalente" al trastorno psíquico patológico. Sin embargo, ello chocó con la protesta de los psicólogos, que veían amenazadas sus competencias por una traslación, aunque fuera sólo analógica, del concepto psiquiátrico de enfermedad a los trastornos de la conciencia de las personas sanas. Así se llegó al acuerdo en la palabra "profunda", que, sin embargo, materialmente no significaría otra cosa que lo pretendido expresar con la "equivalencia": el trastorno ha de "ser de tal intensidad..., que la estructura psíquica del afectado esté destruida o, en el caso del § 21... perturbada" [25].

En la práctica ocupa con mucho el primer plano la inimputabilidad o in- 14
capacidad de culpabilidad a causa de estados pasionales intensos [26], que suscita también jurídicamente problemas específicos, aún no esclarecidos definitivamente [27]. Mientras que en la Psiquiatría, por el influjo del concepto psiquiátrico de enfermedad, antiguamente se excluía absolutamente la posibilidad de que los estados pasionales psicológicamente normales, es decir, no basados en manifestaciones patológicas, pudieran excluir la imputabilidad [28], la jurispr. de la posguerra reconoció constantemente —si bien sólo para casos excepcionales— tal posibilidad [29]. La resolución directriz BGHSt 11, 20, resume así

---

[24] Fundamentación del P 1962, BT-Drucks. IV/650, 138.

[25] BT-Drucks. V/4095, 11.

[26] Acerca de los presupuestos o requisitos de un trastorno de la conciencia debido a un estado pasional, BGH StrV 1987, 414. Un trastorno de la conciencia con relevancia forense en el sentido de los §§ 20 y 21 existe tb. en caso de estado pasional sólo cuando su repercusión en la capacidad de comprensión y de control sea equivalente a los trastornos psíquicos patológicos en el sentido de los §§ 20 y 21 (BGH NStZ 1990, 231).

[27] Entre la bibliografía jurídica, que aporta tb. amplia documentación de la bibliografía psiquiátrica y psicológica: Geilen, Maurach-FS, 1972, 173; Rudolphi, Henkel-FS, 1974, 199; Krümpelmann, Welzel-FS, 1974, 327; Moos, ZStW 89 (1977), 796; Behrendt, 1983; Neumann, 1985, 240 ss.; Krümpelmann, ZStW 99 (1987), 191; Ziegert, 1987; Krümpelmann, 1988; Bernsmann, NStZ 1989, 160; Blau, Tröndle-FS, 1989, 109; Frisch, ZStW 101 (1989), 538; Schroth, 1989, 109; Krümpelmann, R & P 1990, 150. Psiquiátrica: Diesinger, 1977; Venzlaff, Blau-FS, 1985, 391. Sociopsicológica: Grosbüsch, 1981. Además Rasch, NJW 1980, 1309; idem, NJW 1993, 757; Glatzel, StrV 1993, 220. Acerca del enjuiciamiento forense: Salger, Tröndle-FS, 1989, 201.

[28] Cfr. últimamente v.gr. Schlüter, NJW 1971, 1070 ss.; Bresser, NJW 1978, 1188 ss.

[29] OGHSt 3, 19; 3, 80; BGHSt 3, 194 (198 s.); 6, 329 (332); 7, 325; 8, 113 (124 s.); 11, 20; 23, 133; BGH NJW 1959, 2315; MDR (H) 1977, 458 s.

esta jurispr.: "Puede darse un trastorno de la conciencia en el sentido del § 51 StGB (hoy: § 20) en un sujeto que actúa en estado de excitación extrema, aun cuando el mismo no padezca enfermedad alguna y su estado pasional tampoco vaya acompañado de otras manifestaciones o síntomas de deficiencias (como p.ej. somnolencia, hipnosis, fiebre o deficiencias similares)". También las ciencias empíricas parten mayoritariamente hoy de la base de que en un "desbordamiento pasional" acontecido en estado de alto grado de excitación la capacidad de control en el momento del hecho puede estar con frecuencia excluida y de que el desbordamiento pasional "tiene como condición previa directamente la destrucción de las instancias de control" [30].

15 Por otro lado, las posibilidades de exculpación así abiertas se consideran a menudo demasiado amplias por razones de prevención general. La jurispr. ha intentado tener en cuenta en parte estos reparos, exigiendo para la exculpación —desde luego con diversa intensidad— la no provocación culpable del estado pasional. En la influyente resolución OGHSt 3, 23, se niega la inimputabilidad cuando "defectos de carácter evitables y deslices morales conducen al hecho". Según OGHSt 3, 82, no existe inimputabilidad en sujetos "que se colocan a sí mismos culpablemente en situaciones que conducen después a roces o hechos violentos". También BGHSt 3, 199, se fija en la "no provocación culpable". BGH NJW 1959, 2315, efectúa una precisión restrictiva, al no considerarse suficiente para la negación de la exculpación una "culpabilidad por la conducción de la vida": "Por eso sólo se pueden invocar para la fundamentación de la provocación culpable aquellas circunstancias que se hallan en estrecha relación con la 'acción en cortocircuito'". BGH MDR 1977, 459, cita como ejemplos v.gr. "el abandono incontrolado a malos humores depresivos que visiblemente conducen al terreno de peligro de descargas pasionales incontroladas". Frente a ello BGHSt 7, 327, califica de "dudoso... el que sea compatible con la ley la restricción de que sólo al estado pasional no provocado culpablemente le corresponde efecto excluyente de la culpabilidad, en los casos de completa supresión de toda conciencia". También BGHSt 8, 126, lo considera dudoso, mientras que BGHST 11, 26, pretende "pasar por alto" la cuestión en el caso concreto.

16 Lo correcto es estimar que cuando en el momento del hecho está absolutamente excluida la capacidad de control, no se puede negar la exculpación por el hecho de que el propio estado pasional estuviera provocado culpablemente [31]. Pues el tenor literal de la ley se fija claramente en el trastorno profundo de la conciencia "durante la comisión del hecho" *; ya

---

[30] Behrendt, 1983, 14 s., con completas referencias; cfr. tb. Rudolphi, Henkel-FS, 1974, 205 s.; Krümpelmann, Welzel-FS, 1974, 339 s.

[31] Así tb. Baumann/Weber, AT [9], § 25 III 2 a; Bockelmann/Volk [4], § 16 B IV 2 a bb; Jescheck, AT[4], § 40 III 2 b; Lenckner, 1972, 117; Sch/Sch/Lenckner [24], § 20, nm. 15 a; Stratenwerth, AT [3], nm. 536.

* La expresión alemana es "bei Begehung der Tat", que podría traducirse tb. por la expresión

la Fundamentación del P 1962 había subrayado en consecuencia que el Proyecto partía de la base "de la irrelevancia de la propia provocación culpable" [32]. El que Lange [33] propugne no restringir las palabras "durante la comisión del hecho" al momento de la realización típica y el que también Krümpelmann [34] propugne ahora recurrir a las condiciones motivacionales del origen, ello ya no es, como opina Krümpelmann [35], una "interpretación llevada al límite extremo", sino un cambio del sentido de la ley. Tras ello está el miedo a la situación sentida como intolerable de que, de lo contrario, "en un cuarto de la criminalidad homicida" los sujetos deberían ser absueltos [36]. Pero, en primer lugar, se trata de un temor exagerado, porque ni mucho menos cualquier estado pasional se cualifica como "trastorno profundo de la conciencia". En segundo lugar, un principio de culpabilidad referido o adscrito al tipo sólo resulta creíble cuando no se lo sacrifica en cada caso conflictivo a intereses preventivos incluso contra el tenor literal de la ley [37]. Y, en tercer lugar, no existe ninguna razón en virtud de la cual las exculpaciones por inimputabilidad fomenten la criminalidad [38].

Algunos autores [39] intentan apoyar la exigencia de un estado pasional "no culpable" en una analogía con el § 17, según el cual también sólo el error de prohibición invencible o inevitable excluye la culpabilidad. Pero las regulaciones no son comparables [40], pues el § 17 exculpa desde el principio sólo el error de prohibición invencible o inevitable, mientras que en el § 20 en ninguna parte se dice que sólo la incapacidad de control inevitable excluya la imputabilidad. El § 17 tampoco exige que la inevitabilidad exista "durante la comisión del hecho", sino sólo que el error exista "durante la comisión del hecho". Además, en la mayoría de los casos del § 17 el error de prohibición todavía será vencible o evitable "durante la comisión del hecho", mientras que la opinión que aquí se rebate renuncia a la coincidencia entre hecho y culpabilidad en todos los casos. Aún menos útil resulta el intento de trasladar al § 20 17

---

española, menos rotunda a los efectos de la argumentación de Roxin, "al cometer el hecho", pero igualmente por otras similares a la utilizada en el texto, como "en el momento de cometer el hecho" o "al tiempo de cometer el hecho" (como reza —con referencia a la infracción penal en vez de al hecho, aunque en alemán "Tat" es tb. el delito o la infracción penal— el art. 20.1.° de nuestro CP), entre otras [N. del T.].

[32] BT-Drucks. IV/650, 139.

[33] Lange, Bockelmann-FS, 1979, 273; en el resultado al que llega, tb. LK [11]-Jähnke, § 20, nm. 60 ss.

[34] Krümpelmann, GA 1983, 356; todavía en otro sentido idem, ZStW 88 (1976), 36.

[35] Krümpelmann, GA 1983, 356; todavía en otro sentido idem, ZStW 88 (1976), 36.

[36] Krümpelmann, ZStW 88 (1976), 35; Lange, Bockelmann-FS, 1979, 272.

[37] Al respecto tb. Stratenwerth, AT [3], nm. 536.

[38] Venzlaff, ZStW 88 (1976), 63; idem, Blau-FS, 1985, 396.

[39] Geilen, Maurach-FS, 1972, 173 ss.; Rudolphi, Henkel-FS, 1974, 199 ss.; Krümpelmann, GA 1983, 355 s. (todavía en otro sentido idem, ZStW 88 [1976], 13 s.).

[40] Igualmente Jescheck, AT [4], § 40 III 2 b; Sch/Sch/Lenckner [24], § 20, nm. 15 a; además Behrendt, 1983, 46 ss.

la regulación del estado de necesidad excluyente de la responsabilidad. Es verdad que no se exime de pena el hecho cometido en estado de necesidad según el § 35 I 2 cuando el peligro fue "causado por el mismo [sujeto que actúa]". Pero el § 35 no excluye la imputabilidad o la culpabilidad, sino que supone una concesión de indulgencia políticocriminalmente motivada; resulta evidente que esta indulgencia se pueda hacer depender de la conducta previa del sujeto.

18 Por el contrario, es perfectamente posible basar la responsabilidad jurídicopenal de un sujeto que actúa en estado pasional, en su caso, en los principios de la *actio libera in causa* [41]. Tal posibilidad se respalda por los dictámenes psiquiátricos. Según los mismos los hechos pasionales no llegan como un rayo en tiempo sereno, sino que son el resultado de un conflicto de larga duración y transcurren la mayoría de las veces en las tres fases del nacimiento, agravación y descarga [42]. En la fase de nacimiento los agravios y fracasos que se han de asimilar no conducen a tensiones psíquicas, que se "cargan" en la segunda fase y se convierten en representaciones destructivas, de modo que en la tercera fase basta a menudo un motivo aparentemente insignificante para hacer que se produzca un derrumbamiento total de la capacidad de control y el desbordamiento pasional. En la segunda fase, cuando todavía existe capacidad de control, se puede constatar la mayoría de las veces un conflicto del sujeto con sus tendencias agresivas. Si en este estadio no toma precauciones contra una posible descarga pasional posteriormente ya no controlable y p.ej. no se aleja de la zona de influencia de la víctima potencial o incluso compra un arma de fuego, existe ya ahí una provocación del ulterior resultado, que puede fundamentar una responsabilidad jurídicopenal [43]. Sin duda la mayoría de las veces esa conducta del sujeto va a representar sólo una imprudencia, porque confía negligentemente en poder evitar el desbordamiento pasional; pero los marcos penales sobre todo aplicables de los §§ 222 [homicidio imprudente] y 230 [lesiones imprudentes] se corresponden con el contenido de culpabilidad de tales delitos [44].

---

[41] Así tb. Jescheck, AT [4], § 40 III 2 b; Frisch, ZStW 101 (1989), 569 ss. Justamente a la inversa, Stratenwerth, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 496, pretende "modificar" el tratamiento de la *actio libera in causa,* de manera que se iguale al tratamiento de los hechos pasionales por la jurisprudencia.

[42] Cfr. simplemente la exhaustiva exposición de la perspectiva de la Psiquiatría y la Psicología forenses en Behrendt, 1983, 23 ss.; además Hallermann, Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin, t. 53 (1962/63), 219 ss.; Rasch, NJW 1980, 1309 ss.

[43] Acerca de la infracción de deber fundamentadora de una provocación culpable previa cfr. en particular Frisch, ZStW 101 (1989), 579 ss.

[44] Así tb. Schroth, 1989, 116. Cuando BGHSt 35, 145 s. (con coms. de Blau, JR 1988, 514; Frisch, NStZ, 1989, 263; Krümpelmann, Rasch-FS, 1993, 157 ss.) pretende apreciar ahora un estado pasional provocado culpablemente ya sólo cuando el propio hecho pasional fuera previsible para el sujeto, el que se fije en la "previsibilidad" permite percatarse de que en realidad se trata sólo de un reproche a título de imprudencia.

Ahora bien, la *actio libera in causa* es a su vez una figura jurídica muy discutida; las cuestiones polémicas relacionadas con ella se tratarán en los nm. 55 ss. Behrendt [45] concibe la responsabilidad jurídicopenal en el estado pasional como *actio libera in omittendo*, es decir, aprecia un delito de omisión cuando el sujeto no reprime sus tendencias destructivas en el segundo estadio de la génesis del estado pasional; el deber de evitar el resultado surgiría del hacer precedente. Sin embargo el seguir avanzando por la vía del estado pasional creciente constituye un hacer positivo causante del resultado. El "momento omisivo" de la falta de cuidado es también propio de la imprudencia comisiva; y en un posible caso de *dolus eventualis* el seguir adelante constituye aún con más razón un hacer activo. 19

Jakobs [46], sobre la base de su peculiar concepción de la culpabilidad (al respecto, § 19, nm. 31 ss.), trata el estado pasional desde la perspectiva de la exigibilidad. Propugna definir también sin duda alguna como inimputable al sujeto que se convierte en "objeto pasivo de procesos funcionales" [47]. Pero, más allá de esto, cuando aún no está excluida la imputabilidad, propugna admitir también en determinadas circunstancias la exculpación, que naturalmente sólo puede concederse dentro del marco de lo preventivogeneralmente defendible y ha de ser denegada cuando el propio sujeto ha provocado culpablemente el estado pasional. Ello se corresponde plenamente con la concepción aquí defendida de que incluso aunque exista una pequeña culpabilidad, en el caso de que falte necesidad preventiva de punición debería producirse una exclusión de la responsabilidad (cfr. § 19, nm. 3 ss.; nm. 49). En vista del muy extendido miedo a la exculpación (cfr. nm. 15 s.), sin duda no habrá que contar de momento aún con una indulgencia de los tribunales en este terreno. 20

3. La oligofrenia

El legislador entiende por oligofrenia una "debilidad intelectual congénita sin causa demostrable" [48]. La oligofrenia que tiene su origen en lesiones cerebrales en el claustro materno, o en lesiones traumáticas durante el parto o en la primera infancia, encaja por tanto ya en el elemento del "trastorno psíquico patológico"; con mayor razón rige lo anterior para el debilitamiento mental debido a procesos organicocerebrales patológicos posteriores. La oligofrenia es, como permite advertir ya el tenor literal de la ley ("otra" anomalía psíquica), sólo una forma de manifestación de la anomalía psíquica (sobre las razones históricas legislativas de su mención específica, cfr. nm. 3-5). 21

Según el grado de debilidad intelectual se distinguen tres clases de oligofrenia *. El grado más ligero es la debilidad, en la que es posible la terminación 22

---

45 Behrendt, 1983.
46 Jakobs, AT [2], 18/17, 18.
47 Jakobs, AT [2], 18/14.
48 Fundamentación del P 1962, BT-Drucks. IV/650, 140.
* Respecto de la terminología, cfr. lo señalado en la primera N. del T. incluida en el nm. 1. Otras clasificaciones más recientes de este trastorno giran en torno a las categorías de debilidad ligera, media y profunda, con variantes terminológicas y en el número de grados y subgrados en la clasificación [N. del T.].

de estudios escolares especiales y la mayoría de las veces no se puede aprender una profesión, pero sin embargo se puede ejercer una actividad práctica. El grado medio es la imbecilidad, que ya no permite llevar una vida independiente, sino que requiere atención familiar o institucional. El grado más severo se designa como idiocia. Conduce a la necesidad de atención y custodia permanente; a menudo falta en los idiotas incluso la capacidad de hablar. Para el Derecho penal en lo esencial sólo resulta interesante la debilidad, pues, como las formas más graves de oligofrenia precisan de todos modos de vigilancia, apenas se produce en ellas una conducta jurídicopenalmente relevante.

4. La otra anomalía psíquica grave [49]

23 La otra anomalía psíquica grave se introdujo por primera vez en la ley por la Comisión especial para la reforma del Derecho penal (cfr. nm. 3 s.). La misma coincidía al respecto con el Proyecto Alternativo, que había hablado de un "trastorno psíquico de comparable gravedad" al trastorno psíquico patológico y había evitado así la expresión discriminatoria "anomalía" (§ 21 PA). Con las anomalías psíquicas graves se hace materialmente referencia a desviaciones psíquicas respecto de lo normal, que no se basan en una enfermedad corporal.

24 Las principales formas de manifestación son —conforme al uso habitual del lenguaje— las psicopatías, neurosis y anomalías de los instintos. A este respecto, la mayoría de las veces se entiende por psicopatías [50] peculiaridades del carácter debidas a la propia disposición natural que merman notablemente la capacidad de vida social en común. Frente a ello, las neurosis son anomalías de conducta adquiridas y a menudo susceptibles de tratamiento que se presentan como reacciones episódicas anormales. Como sin embargo los trastornos psíquicos debidos a la propia disposición natural y los debidos al entorno o medio en que se vive la mayoría de las veces no se pueden distinguir con seguridad y a menudo operan conjuntamente, "el empleo de los términos 'neurótico' o 'psicopático' es en gran medida una cuestión doctrinal" [51]; ello no tiene relevancia alguna para la valoración jurídicopenal. A las anomalías de los instintos pertenecen tanto la desviación sexual como la sexualidad anormalmente elevada (hipersexualidad); al respecto, según la jurispr. un "instinto (sexual) antinatural" podría exculpar en determinadas circunstancias, incluso si es sólo de una intensidad media, mientras que un instinto (sexual) normalmente orientado sólo puede conducir a la inimputabilidad cuando sea de

[49] Al respecto en particular: R. Schmidt, ZStW 92 (1980), 346 ss.; Rasch, NStZ 1982, 177 ss.; idem, StrV 1991, 126; Blau, Rasch-FS, 1993, 113. Exhaustivamente tb. LK [11]-Jähnke, § 20, nm. 30 ss., 64 ss.

[50] K. Schneider, [9]1950; Kallwaß, 1969. Acerca del enjuiciamiento de los psicópatas en perspectiva histórica, Rautenberg, SchlHA 1988, 2.

[51] J.-E. Meyer, ZStW 88 (1976), 52. Acerca de la "gravedad" de la anomalía en las neurosis, Foerster, NStZ 1988, 444; idem/Heck, MSchrKrim 1991, 49.

intensidad irresistible [52]. Naturalmente también entran en consideración otros trastornos psíquicos graves, en la medida en que no se encuadren en uno de los conceptos anteriormente mencionados: v.gr. la fuerte querulancia (manía querulante, litigiosa, pleitista, por querellarse), las dependencias de tipo maniaco no debidas a intoxicaciones [53] o también los —sin duda escasos y discutibles— casos de piromanía, cleptomanía [53a] o esclavitud sexual [53b].

Las resoluciones judiciales al respecto [54] proceden en general de la época anterior a la entrada en vigor del nuevo § 20 y se refieren al concepto jurídico de enfermedad de entonces (cfr. nm. 3). Ello demuestra ya que no se ha producido la temida "rotura del dique", es decir una notable ampliación de las exculpaciones en relación con el antiguo Derecho; también lo corroboran los datos estadísticos [55]. La mayoría de los casos en que se apreció una inimputabilidad se refieren a sujetos que obran por instinto (sexual). En los casos de neurosis y psicopatías sólo se aprecia la exclusión de la imputabilidad en muy escasos supuestos; pues, en contra de dicha exclusión, la jurispr. aprecia que los defectos y las debilidades de voluntad son superables [56]. Pero también en el supuesto de los sujetos que obran por instinto (sexual) se parte de la base de que "la persona mentalmente sana dispone de las fuerzas interiores necesarias para superar las tendencias que nacen de un instinto sexual antinatural" [57]. También la doctrina científica es remisa a la posibilidad de exculpación. Así Witter [58] pretende apreciar inimputabilidad sólo cuando la anomalía psíquica "sea similar a la psicosis, o sea, esté en la zona límite o de transición a las psicosis o a las alteraciones psicóticas y organicocerebrales de personalidad". Krümpelmann [59] aboga incluso por "la retirada de la anomalía psíquica del § 20". 25

Sin embargo, tales posicionamientos evidencian una vinculación excesiva al antiguo concepto psiquiátrico de enfermedad, que ya no reconocía la jurispr. anterior, que no se convirtió en ley y que tampoco se corresponde con el 26

---

[52] Cfr. últimamente BGH JR 1990, 119; para la crítica cfr. LK [10]-Lange, §§ 20/21, nm. 47.

[53] En general acerca de las "dependencias no asociadas a sustancias", Schumacher, Sarstedt-FS, 1981, 361 ss. Para una comparación entre la drogodependencia y la ludopatía, L. H. Schreiber, 1992. En particular acerca de la "ludopatía": Kröber, Forensia 8 (1987), 113; G. Meyer, MSchrKrim 1988, 213 (al respecto Hübner, MSchrKrim 1989, 236); Meyer/Fabian/Wetzels, StrV 1990, 464. Según BGH JR 1989, 379, con com. de Kröber, la "pasión por el juego" no limita por sí sola la imputabilidad.

[53a] Leygraf/Windgassen, StrV 1991, 86.

[53b] Al respecto, Acher/Bischof, MSchrKrim 1992, 136, con ulteriores referencias.

[54] RGSt 73, 121; RG DJ 1939, 869; BGHSt 14, 30; 23, 176; 28, 327; BGH MDR (D) 1953, 146 s.; MDR 1955, 368 s.; NJW 1955, 1726; 1964, 2213; MDR (D) 1969, 901.

[55] Schreiber, NStZ 1981, 49 ss.

[56] Cfr. v.gr. BGH NJW 1966, 1871, en un caso de querulancia. Exhaustivamente al respecto Burkhardt, 1980, 87 ss.

[57] BGHSt 14, 32.

[58] Witter, Lange-FS, 1976, 733.

[59] Krümpelmann, ZStW 88 (1976), 32.

principio de culpabilidad. No hay pruebas de que los motivos dependientes de una psicosis resulten más determinantes de la conducta que las anomalías psíquicas intensas [60]. Lo decisivo no es la similitud a la psicosis, sino hasta qué punto la génesis del hecho permite advertir una merma de la asequibilidad normativa del sujeto [61]. BGHSt 34, 22 (24); 35, 76 (79), señalan con razón que la anomalía psíquica grave precisamente no presupone un estado patológico [62]. Según BGH StrV 1988, 384, tampoco se puede deducir únicamente del historial personal del sujeto, sino que debe deducirse de una "contemplación global" de la personalidad del sujeto. Cuando se utiliza la exigencia legal de la "gravedad" de la anomalía para escamotear de antemano de la ley todos los trastornos psíquicos no similares a la psicosis, se olvida que sólo se puede decidir sobre la exculpación en "el segundo piso", es decir, en el examen de la capacidad de comprensión y de inhibición.

III. La capacidad de comprensión y de inhibición

27 Con no poca frecuencia se defiende precisamente por los psiquiatras la opinión de que la cuestión de la capacidad del sujeto de "comprender el injusto del hecho o de actuar conforme a esa comprensión no admite respuesta" empírica [63]. Ello conduce entonces a un reparto de funciones entre el experto y el juez, de modo que el perito constata los estados o diagnósticos de conexión biológico-psicológicos, mientras que el juez extrae de ahí conclusiones para la capacidad de comprensión o de inhibición por la vía de un proceso valorativo. Sin embargo, así no se contemplan correctamente las cosas [64]. Pues, en primer lugar, la constatación de los estados o diagnósticos de conexión debe poder verificarse por el juez y no puede asumirse a ciegas por él, toda vez que características como "profunda" y "grave" poseen una notable carga normativa. Pero, en segundo lugar, la suposición de que el experto no podría decir nada sobre la capacidad de comprensión y de inhibición se debe en gran medida al malentendido de que en este punto se exige un pronunciamiento acerca del libre albedrío o incluso simplemente sobre el poder individual de actuar de otro modo. Pero en realidad no se trata de eso, sino sólo de un

---

[60] Venzlaff, ZStW 88 (1976), 60, y Schreiber, NStZ 1981, 48; ambos invocan a Eisen, Schuldfähigkeit bei abnormen Persönlichkeiten, en: Handwörterbuch der Rechtsmedizin, t. 2, 1974, 284 s.

[61] Menos estrictos que los partidarios conservadores del concepto psiquiátrico de enfermedad tb. Venzlaff, ZStW 88 (1976), 57 ss.; Rasch, NStZ 1982, 177 ss., y Jakobs, AT [2], 18/20.

[62] Tampoco en el supuesto de una psicopatía pronunciada se puede rechazar el § 21 con la fundamentación de que la misma no posee "valor de enfermedad" (BGH StrV 1988, 529; NStZ 1990, 430) o de que el acusado "no es un hombre enfermo" (BGH StrV 1989, 104).

[63] K. Schneider, [4]1961. Hoy v.gr.: Bresser, NJW 1978, 1188 ss. Ulteriores referencias acerca de la disputa entre "agnósticos" y "gnósticos" en LK [10]-Lange, §§ 20/21, nm. 60; Grasnick, JR 1991, 364; Haddenbrock/Luthe/Witter, StrV 1991, 225.

[64] Así tb. Jescheck, AT [4], § 40 III 4; Schreiber, NStZ 1981, 51.

juicio sobre si y, en su caso, hasta qué punto el sujeto era asequible a la norma en el momento del hecho (cfr. § 19, nm. 18 ss., 34 ss.), "si la norma jurídica tuvo siquiera la posibilidad de surtir efecto en el proceso de motivación del sujeto. La función del perito consiste en mostrar a través del estado psíquico del sujeto si éste fue un destinatario idóneo de la norma" [65]. Esta es una cuestión en principio empírica, respecto de la cual la Psiquiatría y la Psicología modernas algo pueden decir [66]. Sin duda existe en ello un margen de valoración, pero lo mismo ocurre en general con otros conceptos jurídicos. Lo decisivo sigue siendo aquí como siempre la convicción del juez, que el experto no puede suplantar [67]. Pero ello no modifica en nada el hecho de que en los dos "pisos" del § 20 la cooperación entre el experto empírico y el juez discurra conforme a las mismas reglas.

La incapacidad de "comprender el injusto del hecho", y la incapacidad de **28**
"actuar conforme a esa comprensión" se entremezclan a menudo y entonces no se pueden distinguir de manera precisa [68]. En definitiva todo depende de la falta de capacidad de control, que es consecuencia de la falta de capacidad de comprensión, pero también de otras circunstancias y a menudo de la combinación de distintos factores. La mención específica de la falta de capacidad de comprensión es incluso superflua, en cuanto que en los casos de la misma la regulación del error de prohibición del § 17 ya conduce a la exclusión de la culpabilidad; sin embargo, así y todo posee el valor de una regla de prueba, porque los estados o diagnósticos de conexión sugieren o aconsejan el examen de la capacidad de comprensión y, en los casos graves, pueden indicar su falta [69]. Por otro lado, la subsistencia de la capacidad de comprensión e incluso la existencia de comprensión del injusto no permiten deducir la capacidad de inhibición. En los estados de embriaguez la mayoría de las veces la capacidad de inhibición está excluida antes que la capacidad de comprensión; sin embargo, en los delitos contra la integridad física y contra la vida ni siquiera "cantidades considerables de alcohol" son capaces normalmente de eliminar la capacidad de inhibición de una persona sana [70].

Sólo es preciso examinar la inimputabilidad cuando no se puede negar ya **29**
la existencia de una "acción" en sentido jurídico. De ahí surge el problema de la delimitación entre la incapacidad de acción y la incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad. La distinción no es siempre fácil de hallar, particularmente en los supuestos de estados pasionales intensos y de la embriaguez sin sentido, pero tampoco en los de estados hipnóticos y posthipnóticos, y depende también

[65] Schreiber, NStZ 1981, 64.
[66] Cfr. simplemente Venzlaff, ZStW 88 (1976), 64.
[67] Al respecto fundamental BGHSt 7, 238 ss.; 8, 113 ss.
[68] Cfr. Schwarz/Witte, NJW 1971, 1064.
[69] Jescheck, AT [4], § 40 III 3.
[70] BGH NStZ 1981, 298 s.

de qué concepto de acción se adopte. Según la concepción aquí defendida, que entiende la "acción" humana como "manifestación de la personalidad", por regla muy general no se produce en los casos citados una exclusión de la capacidad de acción, sino sólo de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad. Para los pormenores, nos remitimos a las explicaciones anteriores (*supra* § 8, nm. 42 ss., 60 ss.).

30 La incapacidad de comprensión y de inhibición no se han de constatar en abstracto, sino siempre sólo respecto de la concreta realización típica. Ello se subraya en la jurispr. especialmente en relación con hechos cometidos en estado de embriaguez (BGHSt 14, 114 [116]): "Sobre todo la cuestión de la capacidad de inhibición sólo raras veces se puede responder de forma unitaria en delitos de distinta clase. Así, una persona ebria que ya no puede dominar su instinto sexual, y comete por ello una tentativa de agresión sexual, probablemente puede que aún sea perfectamente capaz de interponer inhibiciones frente al motivo de un robo; quien a consecuencia de su embriaguez se deja arrastrar de manera no culpable a una injuria sigue pudiendo ser responsable de lesiones con medios o circunstancias peligrosos." Pero también las diferencias de la capacidad de comprensión son absolutamente reales. Así un oligofrénico ligero puede aún comprender perfectamente el injusto de un robo, aun cuando le falte la capacidad de comprensión en relación con delitos económicos o contra el medio ambiente complicados. En cambio, cuando existe un trastorno psíquico excluyente de la culpabilidad en relación con un tipo determinado, no se reconoce hoy ya la posibilidad de "intervalos lúcidos" *(lucida intervalla)*; ha de afirmarse por tanto aquí una exclusión de la culpabilidad también cuando el hecho se comete en un momento en el que los síntomas externos de la enfermedad han retrocedido transitoriamente [71].

31 Por lo que respecta a la influencia de los estados o diagnósticos de conexión biológico-psicológicos en la capacidad de control, se defiende la mayoría de las veces la opinión de que las causas biológicas (es decir, los trastornos psíquicos patológicos) excluyen por regla general la imputabilidad, mientras que los estados o diagnósticos psicológicos (sobre todo las anomalías psicológicas) sólo exculpan excepcionalmente [72]. Esto podría ser tendencialmente correcto, pero no se puede extraer de ello conclusiones automáticas. Así, J. E. Meyer [73] subraya que la intensidad de los trastornos ha ganado progresivamente relevancia forense frente a su diagnóstico y que sólo unos pocos diagnósticos, como "v.gr. la confusión o demencia senil o la psicosis esquizofrénica aguda" excluyen la imputabilidad "de forma cuasi

[71] Cfr. LK [10]-Lange, §§ 20/21, nm. 52.
[72] Cfr. v.gr. la exposición de LK [10]-Lange, §§ 20/21, nm. 62 ss.
[73] J. E. Meyer, ZStW 88 (1976), 48.

automática". Venzlaff señala [74] que "los estados o diagnósticos físicos o corporales por v.gr. lesiones cerebrales en la primera infancia o traumáticas, especialmente cuando... van ligados a grados ligeros de oligofrenia" conducen con demasiada facilidad a la exculpación, "aunque la causa de la delincuencia a veces no surge en absoluto de ahí". Por otro lado las anormalidades psíquicas sin origen físico o corporal a menudo se infravaloran en cuanto a sus repercusiones en la capacidad de control [75]. Por tanto, se habrá de hacer depender el juicio sobre la asequibilidad normativa más de la gravedad del trastorno que de su causa.

IV. La capacidad de culpabilidad o imputabilidad notablemente disminuida

1. Los presupuestos del § 21

La imputabilidad o capacidad de culpabilidad notablemente disminuida **32** no es una forma autónoma de "semiimputabilidad" [76] que se halle entre la imputabilidad y la inimputabilidad, sino un caso de imputabilidad, pues el sujeto es (aún) capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme a esa comprensión. No obstante, la capacidad de control es un concepto graduable: a la persona le puede costar más o menos poderse motivar por la norma. En consecuencia, cuando aún existe capacidad de control, pero está sustancialmente reducida, por regla general disminuye la culpabilidad (cfr. nm. 36 ss.). El § 21 lo tiene en cuenta mediante la creación de una causa de atenuación de la pena [77]. Es mucho más frecuente en la práctica que la exculpación por inimputabilidad y tiene su ámbito de aplicación en cada uno de los cuatro estados o diagnósticos de conexión biológico-psicológicos: sobre todo en los supuestos de defectos paralíticos o esquizofrénicos leves, en las manifestaciones incipientes de demencia arterioesclerótica y senil [78], en las formas leves de la epilepsia o de la oligofrenia, en las lesiones cerebrales con escasas repercusiones psíquicas, en los estados pasionales [79], estados de embriaguez, neurosis [80], psicopatías y anomalías del instinto (sexual) [81]. La dependencia de estupefacientes, según la

[74] Venzlaff, ZStW 88 (1976), 59; similar J. E. Meyer, ZStW 88 (1976), 49.
[75] Más detenidamente J. E. Meyer, ZStW 88 (1976), 49 ss.; Venzlaff, ZStW 88 (1976), 60 ss.
[76] Jescheck, AT [4], § 40 IV 1.
[77] La misma no resulta del todo indiscutida entre los psiquiatras; cfr. v.gr. Bresser, NJW 1978, 1188 ss., por un lado, y Haddenbrock, NJW 1979, 1235 ss., por otro.
[78] Acerca de la degeneración o declive por la edad BGH StrV 1989, 102 s.
[79] Al respecto BGH NStZ 1988, 268, con com. de Venzlaff; Schlothauer, StrV 1988, 59.
[80] Acerca de un caso de esta clase BGH StrV 1987, 421.
[81] Cfr. la enumeración en la Fundamentación del P 1962, BT-Drucks. IV/650, 141; acerca del exhibicionismo OLG Zweibrücken StrV 1986, 436; acerca de una anomalía sexual de carácter neurótico BGH NJW 1989, 2958.

jurispr., sólo excepcionalmente puede conducir a la aplicación del § 21, p.ej. "cuando el consumo de estupefacientes durante largos años haya conducido a alteraciones de personalidad muy graves o el sujeto padezca fuertes síntomas de abstinencia y sea empujado por ellos a procurarse drogas mediante la comisión de un delito, además de, en determinadas circunstancias, cuando perpetre el delito en estado de embriaguez actual" [82].

33 El legislador exige una "notable" disminución de la capacidad de control, pues mermas de grado inferior "existen de ordinario en los delitos capitales, en los relativos al instinto (sexual) y por tendencia o propensión" [83]. Ello no significa que deban quedar sin consideración las limitaciones menos graves de la asequibilidad normativa. Pero por lo que a ellas respecta no se abre el marco penal especial del § 49 I, sino que hay que tenerlas en cuenta en la medición de la pena dentro del marco penal normal. La delimitación entre la disminución "notable" y la menos notable de la imputabilidad naturalmente deja un espacio amplio a la valoración judicial [84]. Para la concesión del marco penal especial abierto por el § 21 se habrá de exigir básicamente que la constitución psíquica del sujeto se aparte claramente de la media de la normalidad y se aproxime a la inimputabilidad. Sólo se pueden ofrecer valores de medida estandarizados en el caso de la embriaguez. En él la jurispr. [85] parte de la base de que a partir de una concentración de alcohol en sangre del 2 ‰, si bien no existe necesariamente una imputabilidad disminuida, la misma sí debe ser examinada y su negación, dado el caso, fundamentada [86]. No se podrán valorar como casos del § 21 los procesos de dinámica de grupos en delitos cometidos por varias personas en común [87].

34 De la referencia o adscripción de la culpabilidad disminuida al tipo se deduce que no hay que aplicar el § 21 cuando, pese a que la capacidad de comprensión del sujeto esté notablemente disminuida con carácter general, el mismo haya tenido sin embargo conocimiento del injusto en el caso concreto (BGHSt 21, 27; 34, 22 [25]; BGH NStZ 1985, 309); naturalmente, en tales casos puede existir aún una notable disminución de la capacidad de inhibición.

---

82 BGH JR 1987, 206, con com. de Blau; NGH NStZ 1989, 17; Kamischke, StrV 1988, 199.

83 Fundamentación del P 1962, BT-Drucks. IV/650, 142.

84 Acerca del enjuiciamiento forense del hecho pasional desde la perspectiva del § 21, cfr. Salger, Tröndle-FS, 1989, 201.

85 Cfr. BGH VRS 25 (1963), 115; MDR (D) 1972, 569; OLG Hamm NJW 1974, 614; 1975, 702; OLG Koblenz VRS 37 (1969), 32; 54 (1978), 429; 59 (1980), 414.

86 Más detenidamente al respecto ya *supra* nm. 10 s. Si se constatan manifestaciones de deficiencias debidas al alcohol debe examinarse más detenidamente el § 21, incluso con valores de concentración de alcohol en sangre inferiores al 2 ‰.

87 A favor del reconocimiento de tales influencias como "trastorno de la conciencia", Schumacher, 1980, 169 ss.; idem, NJW 1980, 1880; idem, StrV 1993, 549. De acuerdo Baumann/Weber, AT [9], § 25 III 2 b. En contra Jakobs, 1982, 136 ss.; idem, AT [2], 18/17; fundamental Jäger, 1985, especialmente pp. 43 ss. (con una acertada crítica a que Jakobs, a causa de su concepción de la culpabilidad, rechace de antemano la consideración de tales factores).

De igual manera, tampoco se aplica el § 21 cuando, pese a que *in abstracto* se ha de apreciar una capacidad de inhibición notablemente disminuida, sin embargo la capacidad de control respecto del tipo realizado no estaba reducida o lo estaba sólo de manera no sustancial. Es incorrecta la hipótesis de que una disminución notable de la capacidad de inhibición rebaja la culpabilidad en menor medida que una disminución análoga de la capacidad de comprensión (BGH NStZ 1985, 357).

En el caso de la capacidad de comprensión disminuida, existe una contra- **35**
dicción entre la regulación del § 21 y el precepto sobre el error de prohibición [88]. Efectivamente, cuando el sujeto no ha advertido el injusto de su hecho, se encuentra en un error de prohibición que conduce, según el § 17 inc. 2, a una atenuación facultativa de la pena conforme al § 49 I. La misma atenuación de la pena se concede sin embargo en el § 21 sólo si el error de prohibición se debe a una capacidad de comprensión notablemente disminuida. Esta incongruencia sólo se puede solventar dando prioridad a la regulación, más favorable para el sujeto, del § 17 inc. 2, de modo que en esa medida se vacía de contenido el § 21 [89]. Pues constituiría un vulneración intolerable del principio de igualdad de trato que el sujeto completamente sano mental y psíquicamente pudiera disfrutar de la posibilidad de atenuación en cualquier error de prohibición vencible, mientras que el que posee una imputabilidad disminuida (aunque sea de forma no notable) en una situación por lo demás igual habría de ser penado partiendo del marco penal normal. Frente a ello Jakobs [90] propugna considerar "la condición de notable del § 21" como una "característica o elemento que hay que interpretar incluido dentro del § 17 inc. 2 StGB" y así no conceder sin más la posibilidad de atenuación tampoco en el caso de simple error de prohibición vencible. Sin embargo con ello se corrige de manera inadmisible el § 17 en perjuicio del sujeto.

2. La atenuación facultativa de la pena

El § 21 concede sólo una atenuación potestativa. Un problema central dis- **36**
cutido del § 21 consiste en saber si ello es compatible con el principio de culpabilidad. Si se parte del principio generalmente reconocido de que la pena no puede superar la medida de la culpabilidad, parece casi evidente que una inimputabilidad notablemente disminuida debe comportar también una pena notablemente disminuida, que la mera atenuación potestativa supone "una

---

[88] El primero en ponerlo claramente de relieve fue Dreher, GA 1957, 97 ss.; además Schröder, GA 1957, 297 ss.

[89] Op. totalmente dom.; cfr. sólo Sch/Sch/Lenckner [24], § 21, nm. 7; Maurach/Zipf, AT/1 [8], 36/74; Jescheck, AT [4], § 40 IV 1, n. 50.

[90] Jakobs, AT [2], 18/31; similar LK [10]-Lange, §§ 20/21, nm. 79 s., quien cree poder evitar las "supuestas aporías entre el § 21 y el § 17" mediante una manejo estricto de la atenuación potestativa del § 17 inc. 2; cfr. tb. LK [11]-Jähnke, § 21, nm. 4.

clara vulneración del principio de culpabilidad" [91] y debe ser corregida interpretándola como precepto obligatorio [92]. También el § 22 PA había previsto por esta razón una atenuación obligatoria de la pena. Frente a ello, la jurispr. y la op. dom. [93] intentan defender, con diversas fundamentaciones, la reducción sólo facultativa del marco penal. BVerFGE 50, 5 ss., no tiene objeciones de orden constitucional contra que se deje al arbitrio judicial la atenuación de la pena, pero por lo demás se abstiene de tomar postura: "No es asunto del BVerfG decidir qué interpretación es preferible desde puntos de vista de la dogmática jurídicopenal" (loc. cit., p. 10).

37 Lo correcto es estimar que, si bien no se podrá considerar sin más inconstitucional la denegación de una atenuación de la pena conforme al § 49 I, sí se la deberá restringir a un ámbito de aplicación estrecho y en el resto de los casos considerar obligatoria la elección del marco penal más benigno. Esto resulta ya recomendable por el simple hecho de que las razones históricas que condujeron a la atenuación meramente facultativa resultan hoy obsoletas. Cuando el antiguo § 51 II, predecesor del actual § 21, fue introducido por la Ley sobre delincuentes habituales de 24-11-1933, se pretendió prescindir, por razones preventivas, de atenuación de la pena sobre todo en el caso de los psicópatas con imputabilidad disminuida: "Precisamente sobre ellos y sobre su capacidad de resistencia debilitada se puede actuar mucho más eficazmente mediante penas serias y largas que mediante una benevolencia inoportuna" [94]. Mezger [95] hablaba en este contexto de que la "necesidad práctica imperiosa" conduciría fuera "de la pena por la culpabilidad y hacia la pena para la protección" y que sería necesario "extraer" del Derecho penal de la culpabilidad "personalidades de determinada índole". Frente a ello la jurispr. reciente subraya acertadamente que el juez no podría "omitir una atenuación de la pena por consideraciones ajenas a la culpabilidad" y no podría sobrepasar "la medida de la pena estimada adecuada a la culpabilidad" (BGHSt 7, 28).

38 Sin embargo sólo una minoría de los intentos de compaginar la restricción de la atenuación de la pena con el principio de culpabilidad resulta idónea. El recurso a una "culpabilidad por la conducción de la vida" abandonaría la base del vigente Derecho penal del hecho (cfr. § 19, nm. 54) y está por tanto

---

[91] Stratenwerth, AT [3], nm. 546.

[92] Lo defienden efectivamente autores prestigiosos: Rudolphi, SK [5], § 21, nm. 5; Schmidhäuser, LB AT [2], 20/34; Stratenwerth, AT [3], nm. 546; Kotsalis, Baumann-FS, 1992, 33. Objeciones exhaustivamente fundamentadas en Lenckner, 1972, 129 ss.; tb. Baumann/Weber, AT [9], § 25 III 2 b, hallan "objetable" la atenuación potestativa.

[93] Una defensa muy exhaustiva en Bruns, StrafZumR, [2]1974, 517 ss.; idem, Das Recht der Strafzumessung, [2]1985, 205 ss.

[94] Así el comentario del Ministerio de Justicia del Reich (Schäfer/Wagner/Schafheutle) acerca de la Ley sobre delincuentes habituales, 1934, p. 184.

[95] Mezger, Kohlrausch-FS, 1944, 194, 196.

vedado [96]. La jurispr. acudió en reiteradas ocasiones [97] al criterio de la menor sensibilidad a la pena para fundamentar la permanencia en el marco penal ordinario: los oligofrénicos o los psicópatas insensibles sentirían menos dura la pena, de modo que la pena no atenuada seguiría correspondiéndose en cuanto a su efecto con su culpabilidad disminuida. Pero lo anterior no puede sostenerse, pues la sensibilidad a la pena no puede medirse con suficiente seguridad y no puede conducir a la aplicación de un marco penal especial agravado, aunque sólo sea porque el mismo tampoco está previsto en ningún otro caso para sujetos menos sensibles a la pena [98]. Tampoco es sólida la "teoría del esfuerzo" [99], según la cual quien está en situación de imputabilidad disminuida debe compensar sus debilidades mediante esfuerzos intensificados y puede ser castigado conforme al marco penal no atenuado cuando no lo hace. Pues quien está en situación de compensar sus debilidades mediante un esfuerzo intensificado de voluntad no posee desde un principio una imputabilidad notablemente disminuida. Pero en la imputabilidad notablemente disminuida precisamente la capacidad de oponerse a los impulsos contrarios a la ley reprimiéndolos mediante la fuerza de la voluntad está sustancialmente debilitada, puesto que la falta de capacidad de comprensión de todos modos ha de tratarse conforme a las reglas del error de prohibición. Por lo tanto, la teoría del esfuerzo exige algo que resulta imposible para tales sujetos.

Sustancialmente quedan pues hoy sólo otros dos criterios que son recono- **39**
cidos por la jurispr. y una parte de la doctrina científica como fundamentos de la denegación de la reducción del marco penal: la compensación de la capacidad de control notablemente reducida por otras circunstancias que aumentan la culpabilidad y la restricción de la culpabilidad provocada culpablemente por el propio sujeto, que se produce con especial frecuencia en los delitos cometidos en estado de embriaguez (pero también en los hechos cometidos en estados pasionales [100]). La segunda constelación es sólo una variante de la primera, porque la previa provocación culpable es un caso especial de circunstancia que aumenta la culpabilidad. Sólo rige algo especial para la reducción dolosa de la propia imputabilidad (al respecto nm. 45); pues la reducción dolosa de una culpabilidad originariamente completa en la concien-

---

[96] Cfr. más detenidamente Bruns, StrafZumR, [2]1974, 523 s.

[97] Cfr. v.gr. RG HRR, 1939, n.º 254; BGH MDR 1953, 147; BGHSt 7, 31; Welzel, StrafR [11], 258 [= PG, 1987, 352; N. del T.].

[98] Jakobs, AT [2], 18/32.

[99] V.gr. RGSt 71, 179; 74, 217; BGH NStZ 1984, 311; ulteriores referencias en Bruns, StrafZumR, [2]1974, 521 s., quien simpatiza con esta teoría.

[100] Con razón subraya BGHSt 35, 143 (con coms. de Blau, JR 1988, 512; Frisch, NStZ 1989, 263), que sólo podría denegarse una atenuación de la pena según los §§ 21 y 49 I, "cuando el sujeto en las circunstancias concretas podía evitar la formación del estado pasional y eran previsibles para él las consecuencias del desbordamiento pasional". Esto debería regir, según BGH StrV 1993, 354, incluso cuando la tormenta pasional es atribuible a una reacción de la víctima que el sujeto mismo ha provocado con la tentativa de una acción punible.

cia de la posterior comisión de un delito supone una provocación culpable mayor que la que puede existir en caso de imputabilidad disminuida desde un principio o de falta de previsión de la posterior comisión de un delito.

40 Cuando frente a una capacidad de control notablemente disminuida existen circunstancias especiales que aumentan la culpabilidad se habrá de considerar en principio aceptable la punición a partir del marco penal normal [101]. Pues es cierto que el sujeto que tiene notablemente reducida su asequibilidad normativa sigue actuando de todos modos con menor culpabilidad en comparación con una persona psíquicamente normal en la que concurran igualmente circunstancias que aumenten la culpabilidad, pero ello se puede tener en cuenta tomando la pena de la zona más baja del marco penal normal. Pues el principio de culpabilidad no obliga al legislador a tener en cuenta a través de un marco penal especial la diferencia de culpabilidad existente en todos los casos, *ceteris paribus,* frente a un sujeto "normal", sino que tiene sentido atenuar con carácter general conforme al § 49 I en caso de imputabilidad notablemente disminuida, pero conformarse con una atenuación en el marco penal ordinario cuando la disminución de la imputabilidad se compensa de nuevo parcialmente por otras circunstancias que aumentan la culpabilidad. Pues el § 46 II 1 exige también en general en la medición de la pena que "las circunstancias que operan a favor y en contra del sujeto" sean ponderadas entre sí. El resultado de esta ponderación no debe conducir necesariamente a la aplicación de un marco penal especial atenuado.

41 Sin embargo, el principio de que el sujeto del § 21 puede ser castigado a partir del marco penal normal cuando concurran otras circunstancias que aumenten la culpabilidad está sujeto a diversas restricciones que a menudo no se tienen en cuenta en la jurispr. Así, en la resolución guía BGHSt 7, 28, un hombre cuya capacidad de inhibición estaba notablemente disminuida a consecuencia de una oligofrenia había asesinado a su hija de 19 meses. El BGH justificó la imposición de una pena de prisión perpetua en virtud de las circunstancias que aumentaban la culpabilidad, que habrían consistido en "que el acusado asesinó a su propia hija, que persiguió sus propósitos asesinos con persistencia inhumana, que mató a la niña mientras dormía, que pudo presenciar cómo la niña se agitó por la sacudida de la corriente y se desplomó muerta y que acertó después a eliminar las huellas del hecho y, exteriormente no afectado, a tomar parte con su mujer... en una celebración familiar" (pp. 31 s.). En otro caso (OGHSt 2, 98) las circunstancias que aumentaban la culpabilidad se apreciaron en la brutalidad del hecho y en que el sujeto había privado de su padre a nueve niños.

---

[101] Discr. por principio Landgraf, 1988.

Precisamente estas resoluciones son objetables en un doble sentido. En primer lugar, se debería haber examinado si las "circunstancias que aumentaban la culpabilidad" no estaban fundadas precisamente en los datos que condujeron a la notable disminución de la imputabilidad. Así, es lógico que en BGHSt 7, 28, la especial insensibilidad que se reprocha al sujeto se debiera a su oligofrenia. Sin embargo no se puede valorar los mismos factores simultáneamente como factores que disminuyen y que aumentan la culpabilidad. Con razón BGHSt 16, 360 (364) [102], observa también una "contradicción" en que se "considere que aumentan la pena las circunstancias que fueron la consecuencia de la constitución psíquica del sujeto no provocada culpablemente". Por eso hay que elegir en una gran parte de los casos el marco penal más benigno, porque las circunstancias que supuestamente aumentan la culpabilidad se deben a su vez a la enfermedad. 42

Aparte de esto, en el caso de un marco penal absoluto, como el del asesinato, de todos modos no se podrá renunciar a la aplicación del marco penal más benigno [102a]. Pues esta renuncia sólo es admisible cuando se pueda tener en cuenta mediante una atenuación dentro del marco penal normal la menor culpabilidad restante en comparación con un sujeto sano, *ceteris paribus,* lo cual no es posible en el asesinato. En él, cuando no se haga uso de la reducción del marco penal, se castiga a un sujeto con imputabilidad notablemente reducida que procede con especial brutalidad e insensibilidad con la misma "(cadena o prisión) perpetua" que a una persona mental y psíquicamente sana que hace lo mismo; esto constituye un trato desigual que atenta contra el principio de culpabilidad [103]. En la pena absolutamente determinada el principio de culpabilidad exige por tanto, en el caso del § 21, tomar por base el marco penal atenuado conforme al § 49 I y tener en cuenta dentro de él las eventuales circunstancias que aumentan la culpabilidad, de tal modo que, en su caso, se llegue al límite superior del marco penal reducido. 43

También en el supuesto de notable disminución de la culpabilidad por el consumo de alcohol o de otros estupefacientes hay que tener presente que no puede denegarse en todos los casos el marco penal más benigno. La jurispr. antigua [104] tendía a prescindir por principio de una atenuación de la pena en el caso de la embriaguez provocada culpablemente por el propio sujeto, lo cual no resulta de esta forma correcto. Pues cuando alguien, al consumir alcohol de una manera que todavía ni siquiera excluye la imputabilidad, no 44

---

[102] Cfr. además BGH NStZ 1987, 321.

[102a] De otra opinión el BGH (StrV 1993, 355, con ulteriores referencias) cuando concurran causas especiales de agravación; sin embargo, en la ponderación global se deben incluir de nuevo las circunstancias que atenúan la culpabilidad en favor del sujeto, incluso cuando no alcancen la cualidad de notables requerida por los §§ 20 y 21.

[103] De acuerdo en esto Lenckner, 1972, 133.

[104] OGHSt 2, 324; BGH MDR (D) 1951, 457; BayObLGSt 1953, 143 s.

puede prever la comisión de un delito, el beber —hasta aquí socialmente adecuado— no puede redundar en perjuicio suyo en la medición de la culpabilidad, sino que hay que restringir, con la opinión creciente en la jurispr. reciente [105], la renuncia a la atenuación del marco penal a los casos en que el sujeto sabe o debe saber, por experiencias previas, que se deja arrastrar bajo la influencia del alcohol a la comisión de acciones punibles. Existe aquí una relación entre el consumo de alcohol y el posterior delito que puede producir el efecto de aumentar la culpabilidad como factor de medición de la pena. La culpabilidad pese a todo disminuida todavía en comparación con la comisión del hecho en estado de sobriedad se puede tener en cuenta dentro del marco penal normal. En correspondencia con lo expuesto en el nm. 43, algo distinto rige también aquí en los casos de penas absolutamente determinadas: por tanto, quien comete un asesinato en estado de imputabilidad notablemente disminuida tras el consumo de alcohol ha de ser castigado partiendo del marco penal atenuado conforme al § 49 I, si bien, en su caso, la pena se podrá elevar también a su límite superior. En cambio, la recaída en la drogodependencia tras un periodo de abstinencia no constituye aún una circunstancia elevadora de la culpabilidad que pudiera justificar una denegación de la atenuación conforme a los §§ 21 y 49 (BGH NStZ 1992, 547).

45 Algo distinto sucede nuevamente cuando el sujeto cuenta ya durante el consumo de alcohol (o la administración de estupefacientes o en la escalada hacia el estado pasional) con que cometerá un determinado delito (p.ej. un delito sexual) en estado de imputabilidad notablemente disminuida o cuando incluso se lo propone. En tal caso no existe, en contra de la op. dom., una *actio libera in causa* [106]. Pero la provocación dolosa del § 21 con conciencia de la posterior comisión de un delito compensa plenamente la disminución de la imputabilidad durante la ejecución del hecho, de modo que se puede denegar cualquier atenuación de la pena.

46 El § 21 plantea aún un ulterior problema relativo al marco penal. La imputabilidad notablemente disminuida puede abrir en el caso concreto dos posibilidades distintas de atenuación del marco penal: la reducción del marco penal a través del § 49 I prevista en el § 21 y la apreciación de un caso menos grave, para el que con frecuencia (p.ej. en los §§ 213, 226 II y 250 II) se prevé igualmente un marco penal especial rebajado. La jurispr. deja entonces al juez elegir cuál de las dos vías de atenuación quiere emplear (cfr. simplemente BGHSt 16, 360; 21, 57). A este respecto se discute si el tribunal está obligado a dar preferencia a la atenuación conforme al § 49 I cuando el marco penal

---

[105] BGH NJW 1953, 1760; MDR (D) 1960, 938; MDR 1972, 16, 570; StrV 1986, 248. Según BGH NStZ 1990, 537, se podría denegar una atenuación de la pena incluso sin "experiencias previas", cuando el sujeto se desinhibe temerariamente en una "situación cargada de peligro".

[106] Cfr. nm. 66, con ulteriores referencias.

para casos menos graves prevé una pena mínima más alta; a favor de ello se pronuncia BGHSt 16, 360, y en contra BGHSt 21, 57.

3. El caso especial del § 7 WStG

El § 7 WStG reza: "(1) La embriaguez etílica provocada culpablemente por el propio sujeto no conduce a una atenuación de la pena con que se conmina el hecho, cuando el hecho constituya un delito militar, atente contra el Derecho internacional de guerra o se cometa en el desempeño de un servicio. (2) Una embriaguez de otro tipo se equipara a la embriaguez etílica." **47**

Según la Fundamentación de la Ley, la exclusión de la atenuación de la pena prevendría los peligros que para la disciplina de los militares comporta un abuso del alcohol [107]. Pero como la punición de militares también está sometida al principio de culpabilidad, tales consideraciones preventivas sólo rigen en tanto sean compatibles con el mismo [108]. Ha de afirmarse dicha compatibilidad si se interpreta el § 7 WStG en el sentido en que debe hacerse en los casos de estados de embriaguez provocados culpablemente por el propio sujeto también en el marco del § 21 (cfr. nm. 39 ss., 44 s.). Cuando la embriaguez conduce a la inimputabilidad sólo se plantea también para los militares una punición según el § 323 a o conforme a los principios de la *actio libera in causa* (nm. 55 ss.). En el supuesto de imputabilidad notablemente disminuida, el § 7 WStG excluye sólo la elección de un marco penal reducido, no la atenuación dentro del marco penal ordinario (OLG Schleswig SchlHA 1971, 221); ésta resulta exigida además por regla general por el principio de culpabilidad [109]. El § 7 WStG no ordena por tanto nada que no regiría también sin él [110]. **48**

B. La capacidad de culpabilidad o imputabilidad en los niños y en los adolescentes

Los niños, es decir, las personas que al cometer el hecho aún no tienen catorce años, son inimputables según el § 19. Según la opinión general se trata de una presunción irrefutable de inimputabilidad [111], que Lange [112] denomina "una gran ficción". Lo correcto es estimar que se trata de una regulación de la exclusión de la responsabilidad que puede basarse bien en que el niño **49**

---

107 Cfr. Schölz/Lingens, Wehrstrafgesetz, ³1988, § 7, nm. 1.

108 Dudas sobre la compatibilidad en Lenckner, 1972, 137.

109 En otro sentido la op. dom.; cfr. p.ej. Schölz/Lingens, Wehrstrafgesetz, ³1988, § 7, nm. 10, invocando un "antiguo principio militar", que no puede sin embargo derogar el principio de culpabilidad.

110 Similar Hirsch, ZStW-Beiheft 1981, 6; Jakobs, AT ², 18/35 a.

111 Fundamentación del P 1962, BT-Drucks. IV/650, 137.

112 LK ¹⁰-Lange, § 19, nm. 2; de otra opinión LK ¹¹-Jähnke, § 19, nm. 1.

todavía no era normativamente asequible o bien en que no existe ninguna necesidad preventiva de punición. La experiencia de la vida enseña que los niños mayores la mayoría de las veces saben perfectamente que romper a pedradas cristales de ventana, hurtar, etc., no está permitido. A menudo los niños están también del todo en situación de poderse motivar por esas prohibiciones, de modo que la culpabilidad en sí habría de afirmarse. Pero como los hechos de los niños no conmueven a los ojos de los adultos la conciencia jurídica colectiva, y como la imposición de sanciones criminales contra los niños está preventivoespecialmente contraindicada, el legislador ha excluido con razón la responsabilidad.

50 Aunque la exclusión de la responsabilidad se halla en el terreno del Derecho material, la minoría de edad penal, según opinión unánime, procesalmente no conduce a la absolución, sino a un sobreseimiento del proceso (§§ 206 a y 260 III StPO). Hay que estar de acuerdo con lo anterior: es legítimo convertir también exenciones de pena del Derecho material en presupuestos procesales, cuando las mismas, con independencia de la situación del caso concreto, no permiten de entrada que nazca la acción penal estatal. Por lo demás, la impunidad de los delitos de los niños no debe conducir a la ausencia de toda reacción estatal: así v.gr. el tribunal tutelar puede dictar medidas de protección conforme al § 1666 BGB.

51 Respecto de la responsabilidad de los adolescentes, es decir, de las personas que en el momento del hecho tenían catorce, pero aún no dieciocho años (§ 1 JGG), rige el § 3 JGG: "Un adolescente es jurídicopenalmente responsable cuando en el momento del hecho es suficientemente maduro, según su desarrollo moral y mental, para comprender el injusto del hecho y actuar conforme a esa comprensión." Mientras que en los adultos la imputabilidad se presupone en el caso normal y sólo se excluye excepcionalmente conforme al § 20 (cfr. nm. 1), en el caso de los adolescentes se debe constatar la imputabilidad en cada caso concreto y fundamentarse además en la sentencia. No obstante, por lo demás el § 3 JGG se asemeja en su estructura al § 20: también posee dos "pisos", de los cuales el segundo atiende a la capacidad de comprensión y de inhibición, mientras que en el primer "piso" se reemplazan los estados o diagnósticos de conexión biológico-psicológicos del § 20 por la falta de madurez moral y mental del § 3 JGG.

52 Los problemas interpretativos concretos que plantea el § 3 JGG corresponden al Derecho penal de jóvenes [112a]. No obstante, señalaremos que en los adolescentes, aun cuando exista la capacidad de comprensión del injusto, a menudo sigue faltando la capacidad de inhibición. También la adscripción de la culpabilidad al tipo (nm. 30) se destaca aún más claramente que en el caso

[112a] Monografía: Rupp-Diakojanni, 1990.

de adultos. Así p.ej. un adolescente puede, en determinadas circunstancias, ser plenamente responsable de un hurto, mientras que le falta la imputabilidad en relación con un delito sexual debido a la pubertad. La divisibilidad de la imputabilidad puede darse incluso entre el tipo básico y su cualificación [113]. Puede suceder que un adolescente sea imputable en relación con un falso testimonio ante un tribunal, pero aún no pueda comprender el injusto específico del perjurio. Según BGHSt 26, 67, sería posible que en un débil mental adolescente esté excluida la responsabilidad conforme al § 3 JGG, aunque sólo exista una imputabilidad notablemente disminuida según el § 21. Desde un punto de vista puramente de culpabilidad ello es "conceptualmente" imposible [114], pero cobra sentido si se distingue, con la opinión aquí defendida, entre culpabilidad y responsabilidad. Entonces se puede excluir la responsabilidad, aun cuando en un adolescente siga existiendo una pequeña medida de culpabilidad, en caso de que resulte oportuno por razones preventivas reaccionar con otras medidas distintas a la de la pena criminal. El § 3 JGG no es entonces únicamente una causa de exclusión de la culpabilidad, sino en ocasiones también sólo una causa de exclusión de la responsabilidad.

También plantea difíciles cuestiones de imputabilidad general la relación **53** del § 3 JGG con el § 20. El que se excluya la responsabilidad de un adolescente conforme al § 3 JGG o conforme al § 20 posee una notable trascendencia práctica. Sólo en el primer caso puede el juez decretar medidas tutelares conforme al § 3 inc. 2 JGG (al respecto ya nm. 50), y sólo en el segundo caso, por el contrario, el internamiento en un hospital psiquiátrico conforme al § 63. La regla básica es que en los trastornos debidos al desarrollo se ha de aplicar el § 3 JGG, pero en los demás casos —p.ej. en una oligofrenia no compensable en la edad adulta— se ha de aplicar el § 20. Si no es seguro si un trastorno se debe o no al proceso de maduración y por tanto es o no transitorio, se ha de aplicar, conforme al principio *in dubio pro reo*, el § 3 JGG, que prevé las consecuencias jurídicas más benignas. Distinto es cuando la falta de imputabilidad no se basa en un retraso de maduración propio de la pubertad, sino p.ej. en una lesión cerebral, pero que, no obstante, es presumible que desaparezca en años posteriores. Entonces se puede excluir la responsabilidad tanto por el § 20 como por el § 3 JGG, con la consecuencia de que el tribunal puede elegir entre las consecuencias jurídicas del Derecho penal general y las del Derecho penal juvenil (cfr. BGHSt 26, 67); si el sujeto muestra una peligrosidad general, puede tener lugar por tanto el internamiento en un establecimiento conforme al § 63.

Los jóvenes, es decir, las personas que en el momento del hecho tienen **54** dieciocho, pero aún no veintiún años (§ 1 II JGG), están equiparados a los

---

[113] Cfr. Schaffstein/Beulke, JugendstrafR, [11]1993, § 7 II 1 c.

[114] Así efectivamente Schaffstein/Beulke, JugendstrafR, [11]1993, § 7 IV 3.

adultos en cuanto a su imputabilidad; el § 3 JGG no rige por tanto para ellos. Las regulaciones especiales que la JGG prevé para ellos (§§ 105 ss. JGG) se refieren sólo a las consecuencias jurídicas. Ahora bien, los trastornos graves del desarrollo en los jóvenes pueden resultar significativos desde el punto de vista de los §§ 20 y 21.

C. La *actio libera in causa*

55 Algunos casos en que el sujeto es inimputable en el momento de la realización del resultado típico suscitan la cuestión de si el que actúa no puede ser castigado sin embargo cuando, en un momento anterior en que todavía era imputable, estableció dolosa o imprudentemente una causa del resultado. El ejemplo principal lo ofrecen los hechos cometidos en estado de inimputabilidad debida al consumo de alcohol. El sujeto se embriaga v.gr. para vencer sus inhibiciones y dar una paliza a su enemigo en estado de inimputabilidad; o imprudentemente no repara en que durante la embriaguez empleará violencia sobre su enemigo. En la jurispr. y la doctrina científica existe amplio acuerdo sobre que en el primer caso se debe castigar por lesiones dolosas y en el segundo por lesiones imprudentes. Se ha impuesto también para una conducta punible de esa índole la denominación *"actio libera in causa"* (a.l.i.c.): una acción libre en la causa. Sin embargo, se discute mucho la cuestión de cómo se puede fundamentar jurídicamente este resultado.

56 El problema es antiguo y se trata ya en Tomás de Aquino y Pufendorf. La denominación a.l.i.c. en el sentido del uso moderno del lenguaje se remonta al parecer a Kleinschrod (1794) [115]. Pero los esfuerzos de elaborar con mayor precisión dogmática esta figura jurídica proceden sólo de la posguerra [116]. Sobre la fundamentación de la a.l.i.c. disputan sobre todo dos opiniones: el "modelo de la excepción" y el "modelo del tipo" [117]. Según el modelo de la excepción, que Hruschka ha sido el primero en desarrollar con el máximo énfasis [118], la punibilidad de la a.l.i.c. representa una excepción justificada por

---

[115] Acerca de la historia: Fr. W. Krause, Mayer-FS, 1966, 305 ss.; Hruschka, SchwZStr 90 (1974), 55 ss.; idem, StrafR [2], 343 ss.; Hettinger, 1988, 57 ss., 240 ss. Específicamente acerca de Pufendorf Hruschka, ZStW 96 (1984), 661 ss.

[116] Se ha de mencionar sobre todo a: Maurach, JuS 1961, 373 ss.; Fr. W. Krause, Mayer-FS, 1966, 305 ss.; Cramer, JZ 1968, 273 ss.; Hruschka, JuS 1968, 554 ss.; Horn, GA 1969, 289 ss.; Oehler, JZ 1970, 380 ss.; Hruschka, SchwZStr 90 (1974), 48 ss.; Fr. W. Krause, Jura 1980, 169 ss.; Puppe, JuS 1980, 346 ss.; Küper, Leferenz-FS, 1983, 573 ss.; Neumann, 1985, 24 ss.; Paeffgen, ZStW 97 (1985), 513 ss.; Hettinger, 1988; Hruschka, StrafR [2], 39 ss., 43, 294, 327; idem, JZ 1989, 310; Schünemann, 1989, 169 ss.; Streng, ZStW 101 (1989), 273; Schmidhäuser, 1992; Herzberg, Spendel-FS, 1992, 203; Neumann, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 581; Salger/Mutzbauer, NStZ 1993, 561.

[117] Formulaciones de Neumann, 1985, 24 ss.

[118] Cfr. sólo sus trabajos citados en n. 116; en el mismo sentido Küper, Leferenz-FS, 1983, 573; Kienapfel, AT [4], 212; Neumann, 1985, 24 ss.; Otto, Jura 1986, 426 ss., 431; idem, AT [4], § 13 II 4 c;

el Derecho consuetudinario al principio del § 20 de que el sujeto ha de ser imputable "durante la comisión del hecho". Se le castiga por tanto por su conducta durante la embriaguez, pese a que no era imputable en ese momento. En cambio, según el modelo del tipo, que predomina en la jurispr. y en la doctrina, la imputación no se conecta con la conducta durante la embriaguez, sino con el hecho de embriagarse o con la conducta que de cualquier otro modo provoca la exclusión de la culpabilidad. Esta conducta previa se interpreta como causación dolosa o culposa y por tanto, en su caso, punible del resultado típico. Desde esta perspectiva la punición de la a.l.i.c. no es una excepción al § 20, sino que la conducta previa representa una realización típica culpable en el momento de la comisión.

El modelo de la excepción es insostenible, pese a su sugestiva sencillez. 57
Atenta contra el principio *nullum crimen sine lege* (art. 103 II GG), que ¡tampoco puede ser derogado por el "Derecho consuetudinario" (prescindiendo de que la jurispr. en modo alguno se basa en el "modelo de la excepción")! Atenta además contra el principio de culpabilidad, pues si se prescinde de la conexión causal de la conducta previa con el resultado como base de la imputación, el dolo y la imprudencia pierden su relación con el hecho y ya no pueden fundamentar un reproche de culpabilidad por el hecho; flotan entonces en el aire como puras actitudes internas y disposiciones incorrectas [119].

La vía para la punición sólo puede pasar por tanto por el modelo del tipo. 58
Este ofrece algunas dificultades constructivas; pero las mismas son superables, si no se extiende la punibilidad más allá de los principios de la imputación reconocidos en los demás casos. La fundamentación de la a.l.i.c. es más sencilla en el delito imprudente, que es el que ocupa el primer plano en la práctica; no presenta peculiaridades estructurales frente a otros delitos imprudentes [120]. Pues la infracción del cuidado debido puede también preexistir ampliamente en los demás casos, siempre y cuando repercuta en la posterior realización del tipo. Quien, enfurecido con su mujer, se emborracha y, pese a anteriores experiencias en ese sentido, no repara en que le dará una paliza en estado de inimputabilidad, crea al emborracharse un riesgo no permitido para la integridad corporal de su mujer, que se ha realizado en la paliza. La punición por lesiones imprudentes no constituye una excepción a las reglas vigentes en los demás casos, sino su confirmación.

Brukhardt, 1988, 165 ss.; Jescheck, AT [4], § 40 VI 1, n. 66; Joerden, 1988, 35 ss., 45; Kindhäuser, 1989, 120 ss., 130; Sch/Sch/Lenckner [24], § 20, nm. 35; Haft, AT [5], 132 ss.; Wessels, AT [23], § 10 III 4; tendencialmente tb. Stratenwerth, AT [3], nm. 551, quien desarrolla más detenidamente su concepción en Arm. Kaufmann-GS, 1989, 485 (cfr. § 19, n. 102). Tb. el art. 12 del StGB suizo sugiere una interpretación en el sentido del modelo de la excepción.

[119] Cfr. Puppe, JuS 1980, 347; como aquí tb. Landgraf, 1988, 30 ss.

[120] En este sentido especialmente Horn, GA 1969, 289 ss.; contra la posibilidad de una a.l.i.c. incluso en los hechos imprudentes Otto, Jura 1986, 433; Hettinger, 1988, 450 ss.; idem, GA 1989, 1.

59 Se plantean mayores problemas en la a.l.i.c. dolosa, que existiría v.gr. cuando, en el ejemplo citado en el nm. 58, el marido se emborrachara para dar una paliza a su mujer en estado de inimputabilidad (intención o propósito), o cuando al beber contara al menos con la posibilidad de que, tras producirse la inimputabilidad, pasaría a realizar actos violentos contra su mujer *(dolus eventualis)* [121]. Un sector discute aquí ya la causalidad del emborracharse para las ulteriores lesiones, sosteniendo que no se puede demostrar que todo no habría ocurrido de la misma manera sin la embriaguez [122]. Pero ello no es correcto, pues en muchos casos no se habría llegado al hecho sin la desinhibición debida al alcohol. Cuando sin embargo no se pueda excluir la posibilidad de que el sujeto hubiera producido también el resultado en estado sobrio, al menos se modifica por la embriaguez la forma de la producción; pues un curso causal controlado responsablemente se desarrolla de manera distinta a la conducta de quien ha perdido el control sobre su conducta.

60 Un argumento capital contra el modelo del tipo consiste en que la interposición de una causa de un resultado no representa aún una acción típica como la que exige la ley [123]. Así, se alega que el emborracharse con la finalidad de realizar unas injurias o agresiones sexuales no constituiría sin embargo a su vez todavía unas injurias o agresiones sexuales y no podría por tanto conducir a un castigo por estos tipos. Pero así se olvida que no es preciso en modo alguno que el sujeto sea imputable durante toda la ejecución del hecho. El sujeto doloso que, sin que exista una a.l.i.c., incurre en un estado de inimputabilidad durante la ejecución del hecho es penalmente responsable por delito consumado, en tanto no se produzca ninguna desviación causal esencial (cfr. nm. 65 y *supra* § 12, nm. 166 s.). Lo mismo rige en la a.l.i.c.: para el delito consumado doloso-culpable sólo es necesario que el sujeto ponga en marcha el comienzo de la ejecución en estado responsable. Ha de ser por tanto imputable al comienzo de la tentativa, de modo que el hecho de colocarse a uno mismo en estado de inimputabilidad con el dolo de cometer posteriormente el delito ha de representar no unas lesiones, injurias, etc., pero sí su comienzo (es decir, el comienzo de la tentativa). El modelo del tipo no se puede fundamentar de otro modo [124]. Pero hay que afirmar tal tentativa en contra de

---

121 De un caso de por lo menos dolo eventual trata OLG Koblenz NZV 1989, 240.

122 En profundidad Neumann, 1985, 26 ss. Neumann, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 583 ss., ofrece una contracrítica a las objeciones formuladas aquí y en el texto correspondiente a las nn. 130 y 131.

123 En este sentido especialmente Hruschka, JuS 1968, 556 s.

124 Frente a ello, Hettinger, 1988, 443, somete a consideración el que no estaría "demostrada *de lege lata* la justificación de... la equiparación del sujeto... a una bomba de relojería, mecha o similar", pues el sujeto habría de "actuar aún —finalmente—, mientras que precisamente esto ya no es preciso cuando se emplean medios técnicos para la producción del resultado". Sin embargo, la autoría mediata, tb. en la utilización de otras personas, se basa de manera indiscutida en un igual tratamiento de "instrumentos" mecánicos y humanos. Entonces no puede ser de otro modo cuando alguien se utiliza a sí mismo como medio o instrumento para cometer el delito. Igualmente (tb.

muchas objeciones. Así, de igual modo que en la autoría mediata la tentativa comienza con la actuación sobre el "instrumento" y concluye con la salida de éste del propio ámbito de dominio [125], la tentativa comienza en la a.l.i.c. con la colocación de la propia persona en estado de inimputabilidad: el sujeto se convierte en su propio instrumento irresponsable y, a partir de la producción de la inimputabilidad, no tiene ya en sus manos el ulterior acontecer.

Tampoco es cierto que esta construcción sea viable a lo sumo en los delitos **61**
puramente resultativos, pero no cuando se exige una determinada forma de producción del resultado, como v.gr. la "sustracción" en el hurto (§ 242) o determinados modos de agresión en las lesiones con medios o circunstancias peligrosos (§ 223 a). No es presupuesto de la pena por delito doloso el que el sujeto ejecute las peculiaridades de la acción típica en estado de imputabilidad. "Pues el sentido de la restricción de la punibilidad de las lesiones de bienes jurídicos a determinados medios de agresión no es exigir un control pleno del sujeto sobre el curso causal como en los delitos puramente resultativos, sino sólo exigir una peligrosidad específica del modo de agresión para la víctima" [126]. Sólo rige otra cosa cuando se exigen determinadas cualidades en el autor que no concurren aún en el momento de la colocación en estado de inimputabilidad. Así p.ej. el deber de prestar juramento sólo surge en el momento de la declaración judicial. Por tanto, cuando alguien toma un psicofármaco que excluye la culpabilidad para jurar después bajo su influencia una declaración falsa ante tribunal [127], no existe todavía una tentativa del § 154, de modo que el mismo no puede ser castigado por perjurio [128]. Tampoco pueden ser cometidos por la vía de la a.l.i.c. los delitos de propia mano, porque al hecho de colocarse a uno mismo en estado de inimputabilidad le falta la reprobabilidad específica fundamentadora de la punibilidad del acto de propia mano [129]. Pero tales casos son escasos y sin trascendencia práctica.

Una ulterior objeción consiste en que la construcción de la a.l.i.c. dolosa **62**
debería conducir invariablemente a una punición atenuada conforme al § 21 [130]. Pues, antes de que el sujeto se convierta en inimputable, atrave-

---

para el Derecho austriaco) Brandstetter, 1992, 83 ss., quien, como en el texto, interpreta la a.l.i.c. como caso de autoría mediata (así ya Nowakowski, Jbl. 1947, 453).

[125] Al respecto Roxin, Maurach-FS, 1972, 213 ss.; idem, JuS 1979, 11; LK [11]-Roxin, § 25, nm. 150 ss.; como aquí tb. BGHSt 30, 363. La cuestión es por supuesto muy discutida y sólo puede ser tratada más detenidamente en el marco de la teoría de la tentativa. Paeffgen rechaza por completo la construcción de la a.l.i.c., porque cree que no se puede considerar aún tentativa el hecho de colocarse a sí mismo en estado de inimputabilidad; similar Küper, Leferenz-FS, 1983, 573 ss. Hettinger, 1988, intenta ofrecer por primera vez una fundamentación monográfica del rechazo total de la a.l.i.c. Una discusión crít. con Hettinger en Herzberg, Spendel-FS, 1992, 203 ss.

[126] Puppe, JuS 1980, 347.

[127] Hruschka, JuS 1968, 556.

[128] De otra opinión Jescheck, AT [4], § 40 VI 1.

[129] Jakobs, AT [2], 17/67.

[130] Neumann, 1985, 36 ss.

sería el estadio de la imputabilidad notablemente disminuida, en el que, como muy pronto, podría comenzar la tentativa. Pero este argumento se ha de rebatir. Con el "último trago" antes de que se produzca la inimputabilidad existe ya una tentativa acabada, porque el sujeto ha hecho cuanto es necesario para la provocación culpable del resultado. Pero la tentativa comienza ya cuando el sujeto, en estado de completa imputabilidad, disminuye su imputabilidad con el dolo de excluirla y de realizar a continuación el tipo.

63 Finalmente el modelo del tipo fracasaría también en que sería imposible un desistimiento del inimputable: "El sujeto ebrio que por compasión baja la pistola que ya había levantado no podría obtener la exención de pena según el § 24 I StGB. Esta consecuencia es absolutamente insatisfactoria" [131]. Pero es que no es preciso extraerla, pues el desistimiento voluntario de la tentativa es una causa de exclusión de la responsabilidad de motivación políticocriminal (cfr. más detenidamente § 23, nm. 17). Sólo depende de las finalidades que se proponga el legislador el que el mismo exija o no su imputabilidad para la exención de pena del que desiste. Existen buenas razones para no exigirla, pues el § 20 tiene evidentemente la finalidad de exculpar. Se invertiría su sentido si se utilizara aquí para impedir una exculpación decretada en los demás casos. Además, en el ejemplo citado, el "modelo de la excepción" se encontraría con el mismo problema: pues el apuntar con la pistola también sería ya una tentativa aun cuando se considere que ésta comienza sólo al disponerse a realizar el hecho cometido en estado de embriaguez.

64 Una consecuencia necesaria del modelo del tipo es que el dolo (es decir, al menos el *dolus eventualis*) del sujeto ha de dirigirse no sólo a la producción del resultado, sino también al hecho de colocarse a uno mismo en estado de inimputabilidad [132]. Pues sólo poniéndose dolosamente en estado de inimputabilidad se dispone el sujeto al hecho y entra en el estadio de la tentativa. Quien durante la preparación de un delito que pretende cometer en estado de imputabilidad echa mano de la botella por aburrimiento, y de improviso se convierte en inimputable a consecuencia del alcohol consumido, todavía no se ha dispuesto a la ejecución. Pues quien no pretende utilizarse a sí mismo como instrumento inculpable, o sea, quien no quiere dejar escapar de sus manos el dominio sobre el acontecer, parte de una representación según la cual el comienzo de la tentativa sólo existiría cuando con posterioridad se dispusiera inmediatamente a realizar el hecho. La opinión contra-

[131] Neumann, 1985, 39; Welp, 1968, 195.

[132] Así efectivamente la op. dom.: p.ej. Sch/Sch/Lenckner [24], § 20, nm. 36; SK [5]-Rudolphi, § 20, nm. 30, Jescheck, AT [4], § 40 VI 2; Jakobs, AT [2], 17/65 s. con ulteriores referencias en n. 118; Oehler, JZ 1970, 380 ss.; Puppe, JuS 1980, 348 s., quien señala con razón que de lo contrario falta ya el dolo de la causalidad del emborracharse para el resultado. Como aquí tb. RGSt 73, 177 ss. (182); BGHSt 2, 17; 17, 262; 17, 335; BGH VRS 23 (1962), 213. Poco claro BGHSt 21, 381.

ria [133] acaso sea compatible con el modelo de la excepción, pero atenta como éste contra el principio de culpabilidad, pues un dolo culpable en la fase preparatoria no fundamenta la culpabilidad durante la ejecución, como exige la ley. Tampoco existe una necesidad políticocriminal de tal ampliación de la punibilidad, pues en los casos de embriaguez el sujeto se dará cuenta por regla general de cómo se le escapa paulatinamente el control sobre sí mismo; si entonces, persistiendo una planificación del delito, sigue bebiendo, ya no le falta el doble dolo exigible. No obstante, aunque no sea así, siempre se dispone aún del § 323 a y, en su caso, de la pena por delito imprudente [134]. Con mayor frecuencia faltará en la fase previa al desbordamiento pasional el dolo en relación con la posterior inimputabilidad; no obstante, ya se expuso que en tal caso también la punición por imprudencia se corresponde con el contenido de culpabilidad del hecho (nm. 18).

No se trata del problema de la a.l.i.c. —aunque sí de una situación similar— en los casos **65** en que el sujeto incurre de modo no doloso (y a menudo ni siquiera imprudente) durante la ejecución del hecho (o sea, en el estadio de la tentativa) en un estado excluyente de la culpabilidad, v.gr. un delirio a la vista de la sangre (BGHSt 7, 325) o una amnesia pasional (BGHSt 23, 133) y produce en ese estado el resultado. No se trata aquí de un caso de a.l.i.c. dolosa porque el sujeto no se utiliza como instrumento, es decir, porque el sujeto pretendía ejecutar el delito en estado de imputabilidad. Dado que cuando se produce la inimputabilidad ya existe una tentativa punible, la imposición de la pena por delito consumado depende únicamente de si la producción del estado de inimputabilidad representa una desviación causal esencial o inesencial. Por regla general existe una desviación inesencial. Cfr. más detenidamente sobre estos casos *supra* § 12, nm. 166 s.

En contra de una opinión extendida en la jurispr. [135], no existe tampoco **66** una a.l.i.c. cuando el sujeto se coloca únicamente en un estado de imputabilidad notablemente disminuida [136] y comete el delito en ese estado. Pues, dado que en tal caso el sujeto ha seguido siendo siempre imputable, nunca ha dejado escapar de sus manos el control del hecho. La ejecución no consiste aquí ya en el beber, sino sólo en el disponerse inmediatamente a la realización del tipo que se comete dándose los requisitos del § 21. No existe objeción políticocriminal alguna a lo anterior, porque al sujeto se le denegará por regla general la atenuación de pena prevista con carácter facultativo en el § 21, debido a su previa provocación culpable (cfr. más detenidamente nm. 39 ss.), de modo que el § 21 no influye en la magnitud de la pena (cfr. nm. 45).

Ultimamente se defiende, con distintos enfoques en cuanto a la fundamentación, también **66a** una "solución extensiva o de la ampliación", que considera el colocarse a uno mismo en el estado de inimputabilidad en sí sólo como un acto preparatorio, pero que no obstante vincula

---

[133] Maurach, JuS 1961, 376; Cramer, 1962, 132; idem, JZ 1968, 273 ss.; Hruschka, JuS 1968, 558; Neumann, 1985, 28 ss.

[134] Cramer, JZ 1968, 274, pretende castigar por a.l.i.c. dolosa aun cuando el sujeto se haya vuelto inimputable de manera inculpable —v.gr. por el suministro subrepticio de sustancias embriagantes—. Pero ello supone castigar como delito consumado un acto preparatorio.

[135] Cfr. simplemente BGHSt 21, 381 s.; BGH NJW 1955, 1037; VRS 21 (1961), 47, 264; 23 (1962), 438.

[136] Así tb. Puppe, JuS 1980, 349; Neumann, 1985, 38; SK [5]-Rudolphi, § 20, nm. 29.

la imputación, en caso de posterior comisión del hecho en el estado del § 20, a la acción previa. Así Streng [136a] propugna extender el concepto de "hecho" a efectos del § 20 en el sentido de una atribución funcional de culpabilidad al acto, en sí sólo preparatorio, de ponerse a uno mismo en situación de inimputabilidad. Schmidhäuser [136b] advierte el injusto material en la a.l.i.c. en la provocación del defecto, con independencia del "momento formal de la descripción legal". Herzberg nos enseña, siguiendo a Spendel [136c]: "Si bien el emborracharse no es, mientras tiene lugar... todavía una tentativa, se manifiesta sin embargo *ex post* como comienzo del... hecho... cuando el sujeto inimputable se dispone inmediatamente a la realización del tipo o la alcanza" [136d]. Falta todavía un examen crítico a fondo de estas concepciones [136e]; sin embargo no estimo posible en un Derecho penal del tipo convertir un acto preparatorio impune en el punto de conexión para la imputación de resultados o interpretarlo *a posteriori* como auténtico "hecho".

67 En la jurispr. se ha impuesto la figura jurídica de la a.l.i.c. desde RGSt 22, 413 [137]. En este caso, un cochero embriagado sin sentido había atropellado y herido a un peón caminero. La imputación se apoyó desde un principio en el modelo del tipo y en correspondencia con la autoría mediata, como ha sucedido también aquí: "Si el acusado hubiera dejado en manos de un tercero inconsciente las riendas de su caballo salvaje durante el viaje por la ciudad, jurídicamente no habría hecho nada distinto de lo que ahora ha hecho. Tanto en uno como en otro caso ha emprendido de modo consciente y con libre voluntad una acción mediante la cual se provocó la conducción insensata del carruaje por una persona inimputable" (p. 415). Esta jurispr. ha sido seguida después ininterrumpidamente por el RG [138] y por el BGH [139].

68 En el caso de la a.l.i.c. dolosa el BGH se ha tenido que ocupar reiteradamente de la cuestión de qué exigencias hay que establecer para el dolo. En BGHSt 17, 259 ss., el tribunal de instancia había condenado por robo y lesiones dolosas al acusado, que en el momento de la realización inmediata del tipo era inimputable por el consumo de alcohol, porque el mismo habría sabido que "tenía inclinación a realizar actos violentos bajo la influencia del alcohol". Naturalmente eso no basta para apreciar una a.l.i.c. dolosa, sino que el sujeto se ha de representar, mientras se pone a sí mismo en situación de inimputabilidad, los elementos de un determinado tipo que quiere cometer en estado de embriaguez. El BGH subraya también con razón que la a.l.i.c. dolosa no es "demasiado frecuente"; la mayoría de las veces sólo se plantea la imprudencia.

[136a] Streng, ZStW 101 (1989), 273 ss.

[136b] Schmidhäuser, 1992, 26.

[136c] LK [10]-Spendel, § 323 a, nm. 32-34.

[136d] Herzberg, Spendel-FS, 1992, 236.

[136e] Cfr. no obstante acerca de Streng y de Schmidhäuser, Neumann, Arth. Kaufmann-FS, 1992, 586 ss.

[137] Acerca de la "a.l.i.c. a la luz de la jurisprudencia", Hettinger, 1988, 179 ss.

[138] RGSt 60, 29; 73, 182.

[139] Cfr. sólo BGHSt 2, 17; 17, 259 ss.; 17, 335 (el emborracharse representaría "la auténtica acción típica"); 21, 381 ss.; 34, 29 (33); BGH VRS 23 (1962), 213. Tb. la jurispr. de los Tribunales Superiores de los *Länder* está en esta línea.

BGHSt 21, 318, aporta ulteriores precisiones. Si el sujeto se hubiera representado al emborracharse que violaría después a una mujer cualquiera, entonces se le habría de castigar, si eso sucede, por el § 177 [violación]; los pormenores del hecho no serían entonces lo importante. Sin embargo, si el sujeto hubiera planeado la violación de una mujer determinada, se aplicaría sólo el § 323 a [delito de embriaguez] si posteriormente viola a una mujer distinta; por supuesto, se ha de apreciar además una tentativa de violación, que ya se da en el momento de colocarse en estado de inimputabilidad. En cambio, se habría de afirmar una violación consumada cuando el sujeto en la borrachera es víctima sólo de una confusión de personas. Ello es erróneo [140]. El *error in persona* del violador inimputable es para el sujeto todavía imputable de la a.l.i.c. una *aberratio ictus*, de modo que también en esa medida sólo se puede fundamentar una tentativa. 69

Diversas resoluciones se ocupan también de la relación de la a.l.i.c. con el delito de embriaguez del § 323 a. A este respecto rige que la a.l.i.c. dolosa excluye el § 323 a (BGHSt 2, 17), pues, según su tenor literal, el § 323 a presupone que el sujeto, en estado de embriaguez, "cometa un hecho antijurídico y no pueda ser castigado por él"; sin embargo aquí puede ser castigado "por él" desde la perspectiva de la a.l.i.c. No sucede lo mismo cuando el sujeto comete en estado de embriaguez un hecho distinto de aquel al que había dirigido su dolo en estado de sobriedad; en tal caso la tentativa de la a.l.i.c., que existe con la colocación en el estado de embriaguez, se halla en concurso ideal (§ 52) con la pena que hay que imponer por el hecho ejecutado conforme al § 323 a (cfr. ya nm. 69). Si el sujeto comete en embriaguez, además del hecho proyectado en estado sobrio, otro hecho no planeado previamente, la a.l.i.c. dolosa y consumada en relación con el primer hecho se halla igualmente en concurso ideal con el segundo hecho, que únicamente se puede castigar conforme al § 323 a (BGHSt 17, 333, 335). 70

También hay que distinguir en la a.l.i.c. imprudente. Cuando el sujeto que se pone a sí mismo en estado de inimputabilidad no piensa que posteriormente podría cometer unas lesiones imprudentes (v.gr. causando un accidente), entonces, si se produce el resultado, sólo se le puede castigar por a.l.i.c. imprudente; el § 323 a no es de aplicación por la misma razón que en el caso análogo de a.l.i.c. dolosa. Cuando en cambio el sujeto comete en estado de inimputabilidad un hecho doloso (p.ej. unas lesiones con medios o circunstancias peligrosos, § 223 a), cuya posibilidad imprudentemente no había considerado en el momento de colocarse en el estado de embriaguez excluyente de la culpabilidad, ha de ser castigado por lesiones imprudentes en concepto de a.l.i.c. en concurso ideal con el § 323 a (BGHSt 2, 18 s., contra RGSt 70, 85, 87), pues la pena del § 323 a puede ser mayor que la conminada para la a.l.i.c. 71

[140] Así tb. Hillenkamp, 1971, 71; SK [5]-Rudolphi, § 20, nm. 31.

Así, en nuestro ejemplo, según el § 323 a II se puede imponer una pena de prisión de hasta cinco años por las lesiones con medios o circunstancias peligrosos cometidos en estado de embriaguez, mientras que el marco penal del § 230 [lesiones imprudentes] disponible para la a.l.i.c. sólo llega hasta los tres años. No resultaría convincente que a quien comete unas lesiones con medios o circunstancias peligrosos en estado de embriaguez excluyente de la culpabilidad se le hubiera de castigar más benignamente que lo previsto en el § 323 a II sólo porque además carga con una a.l.i.c. imprudente. Por tanto la a.l.i.c. excluye una punición por el § 323 a únicamente "cuando la misma realiza el tipo en cuya conminación penal encaja el hecho cometido en estado de embriaguez" (BHGSt 2, 19).

§ 21. El error de prohibición

Bibliografía: Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903; Mezger, Rechtsirrtum und Rechtsblindheit, Kohlrausch-FS, 1944, 180; Arth. Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949 (reimpr. 1985); Lang-Hinrichsen, Zur Frage des Unrechtsbewußtseins, ZStW 63 (1951), 332; v. Weber, Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, JZ 1951, 260; Lang-Hinrichsen, Zur Problematik der Lehre von Tatbestands- und Verbotsirrtum, JR 1952, 184; Lang-Hinrichsen, Tatbestandslehre und Verbotsirrtum, JR 1952, 302, 356; Bindokat, Irrungen und Wirrungen in der Rechtsprechung über den Verbotsirrtum, JZ 1953, 748; Germann, Gehört das Unrechtsbewußtsein zur Strafbarkeit wegen eines vorsätzlichen Delikts?, SchwZStr 68 (1953), 371; Heitzer, Ist der putative Rechtfertigungsgrund als Verbotsirrtum zu behandeln?, NJW 1953, 210; Lang-Hinrichsen, Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des BGH, JZ 1953, 362; Niese, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, DRiZ 1953, 20; Nowakowski, Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz, ZStW 65 (1953), 379; Schröder, Die Irrtumsrechtsprechung des BGH, ZStW 65 (1953), 178; Warda, Tatbestandsbezogenes Unrechtsbewußtsein, NJW 1953, 1052; Welzel, Arten des Verbotsirrtums, JZ 1953, 266; Busch, Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, Mezger-FS, 1954, 165; Arm. Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; Mangakis, Das Unrechtsbewußtsein in der strafrechtlichen Schuldlehre nach deutschem und griechischem Recht, 1954; Zimmermann, Unteilbares oder tatbestandsbezogenes Unrechtsbewußtsein?, NJW 1954, 908; Hartung, Zweifelsfragen des Verbotsirrtums, JZ 1955, 663; Warda, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955; Welzel, Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, ZStW 67 (1955), 196; Arth. Kaufmann, Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, JZ 1956, 353 (= Schuld und Strafe, ^{2}1983, 99); Lange, Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, JZ 1956, 73; Lange, Die Magna Charta der anständigen Leute, JZ 1956, 519; Welzel, Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht, JZ 1956, 238; Dreher, Verbotsirrtum und § 51, GA 1957, 97; Lange, Nur eine Ordnungswidrigkeit?, JZ 1957, 233; Schröder, Verbotsirrtum Zurechnungsfähigkeit, actio libera in causa, GA 1957, 297; Engisch, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen. Kritische Betrachtungen zu den §§ 19 und 40 des Entwurfs 1958, ZStW 70 (1958), 566; Fukuda, Das Problem des Irrtums über Rechtfertigungsgründe, JZ 1958, 143; Arm. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; Warda, Zur gesetzlichen Regelung des vermeidbaren Verbotsirrtums, ZStW 71 (1959), 252; Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; Lindner, Die Behandlung des Verbotsirrtums als strafprozeßrechtliches Problem, NJW 1960, 657; Baumann, Zur Teilbarkeit des Unrechtsbewußtseins, JZ 1961, 564; Arm. Kaufmann, Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum, Eb. Schmidt-FS, 1961, 319; Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1961 (^{2}1976); Maurach, Das Unrechtsbewußtsein zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik, Eb. Schmidt-FS, 1961, 301; Mezger, Fiktion und Analogie beim sog. Verbotsirrtum, NJW 1961, 869; Roxin, Die Irrtumsregelung des E 1960 und die strenge Schuldtheorie, MSchrKrim 44 (1961) 211; Schaffstein, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, OLG Celle-FS, 1961, 175; Bindokat, Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, NJW 1962, 185; Mattil, Gewissensanspannung, ZStW 74 (1962), 201; Bindokat, Zur Frage des doppelten Irrtums, NJW 1963, 745; Arth. Kaufmann, Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962, ZStW 76 (1964), 543 (= Schuld und Strafe, ^{2}1983, 129); Platzgummer, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, 1964; Roxin, Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962, ZStW 76 (1964), 582; Küchenhoff, Die staatsrechtliche Bedeutung des Verbotsirrtums, Stock-FS, 1966, 75; Peters, Überzeugungstäter und Gewissenstäter, H. Mayer-FS, 1966, 257; Peters, Bemerkungen zur Rspr. der Oberlandesgerichte zur Wehrersatzdienstverweigerung aus Gewissensgründen, JZ 1966, 457; Roxin, Recens. de Platzgummer, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes (1964), ZStW 78 (1966), 248; Schmidhäuser, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, H. Mayer-FS, 1966, 317; Schewe, Bewußtsein und Vorsatz, 1967; Engisch, Recens. de Arth.

Kaufmann, Das Schuldprinzip (1961), ZStW 80 (1968), 639; Arm. Kaufmann, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW 80 (1968), 34; Krümpelmann, Stufen der Schuld beim Verbotsirrtum, GA 1968, 129; Horn, Verbotsirrtum und Vorwefbarkeit, 1969; Kerscher, Tatbestands- und Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht etc., tes. doct. München, 1969; Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969; Strauss, Verbotsirrtum und Erkundigungspflicht, NJW 1969, 1418; Tiedemann, Zur legislatorischen Behandlung des Verbotsirrtums im Ordnungswidrigkeiten- und Steuerstrafrecht, ZStW 81 (1969), 869; Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; Blei, Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum, JA 1970, 205, 333, 525, 599, 665; Busse, Unklare Doppelregelung des Verbotsirrtums im 2. StrRG, MDR 1971, 985; Backmann, Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum, JuS 1972, 196, 326, 452, 649; 1973, 30, 299; 1974, 40; Dreher, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Heinitz-FS, 1972, 207; Baumann, Grenzfälle im Bereich des Verbotsirrtums, Welzel-FS, 1974, 533; Gössel, Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht, 1974; Roxin, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Henkel-FS, 1974, 171 [= Problemas básicos, 1976, 200]; Warda, Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewußtsein, Welzel-FS, 1974, 499; Ebert, Der Überzeugungstäter in der neueren Rechtsentwicklung, 1975; Herdegen, Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, BGH-FS, 1975, 195; Otto, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975), 539; Schmidhäuser, Unrechtsbewußtsein und Schuldgrundsatz, NJW 1975, 1807; Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, [2]1976; Kienapfel, Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum, ÖJZ 1976, 113; Langer, Vorsatztheorie und strafgesetzliche Irrtumsregelung, GA 1976, 193; Krümpelmann, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, ZStW-Beiheft 1978, 6; Paeffgen, Fotografieren von Demonstranten durch die Polizei und Rechtfertigungsirrtum, JZ 1978, 738; Arzt, Zum Verbotsirrtum beim Fahrlässigkeitsdelik, ZStW 91 (1979), 857; D. Meyer, Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums und Erkundigungspflicht, JuS 1979, 250; Paeffgen, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97 b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979; Roxin, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Bockelmann-FS, 1979, 279 [= Culpabilidad y prevención en Derecho penal, trad., intr. y notas F. Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1981, 147]; Schmidhäuser, Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz, JZ 1979, 361; Warda, Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre, Jura 1979, 1, 71, 113, 286; Wolter, Schuldhafte Verletzung einer Erkundigungspflicht, Typisierung beim Vermeidbarkeitsurteil und qualifizierte Fahrlässigkeit beim Verbotsirrtum, JuS 1979, 482; Haft, Der doppelte Irrtum im Strafrecht, JuS 1980, 430, 588, 659; Kramer/Trittel, Zur Bindungswirkung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit des § 17 StGB, JZ 1980, 393; Schick, Die Vorwerfbarkeit des Verbotsirrtums bei Handeln auf falschen Rat, ÖJZ 1980, 595; Schmidhäuser, Schlußwort zu Kramer/Trittel, Zur Bindungswirkung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit des § 17 StGB, JZ 1980, 393, loc. cit., 396; H.-W. Schünemann, Verbotsirrtum und faktische Verbotskenntnis, NJW 1980, 735; Burkhardt, Rechtsirrtum und Wahndelikt, JZ 1981, 681; Rudolphi, Die Verbotsirrtumsregelung des § 9 StGB im Widerstreit von Schuld und Prävention, JBl 1981, 289; Deckers, Unrechtsbewußtsein, en: v. Bönner/de Boor (eds.), Unrechtsbewußtsein, 1982, 58; Krauß, Das Unrechtsbewußtsein, en: v. Bönner/de Boor (eds.), Unrechtsbewußtsein, 1982, 30; Rudolphi, Das virtuelle Unrechtsbewußtsein als Strafbarkeitsvoraussetzung im Widerstreit zwischen Schuld und Prävention, en: v. Bönner/de Boor (eds.), Unrechtsbewußtsein, 1982, 1; Kunz, Strafausschluß oder -milderung bei Tatveranlassung durch falsche Rechtsauskunft?, GA 1983, 457; J. Meyer, Verbotsirrtum im Ordnungswidrigkeitenrecht, JuS 1983, 513; Tischler, Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1983; Grünwald, Zu den Varianten der eingeschränkten Schuldtheorie, Noll-GS, 1984, 183; Maiwald, Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984; Timpe, Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums, GA 1984, 51; Donatsch, Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum, SchwZStr 102 (1985), 16; Loos, Bemerkungen zur "historischen Auslegung", Wassermann-FS, 1985, 123; Nierwetberg, Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum - Tatbestands- oder Verbotsirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?, Jura 1985, 238; Schlüchter, Zur Irrtumslehre im Steuerstrafrecht, wistra 1985, 43, 94; Schlüchter, Grundfälle zum Bewertungsirrtum des Täters im Grenzbereich zwischen §§ 16 und 17 StGB, JuS 1985, 373, 527, 617; F. Meyer, Der Verbotsirrtum im Steuerstrafrecht, NStZ 1986, 443; Figueiredo Dias, O problema da consciência da ilicitude

em Direito Penal, [3]1987; Arth. Kaufmann, Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, Lackner-FS, 1987, 185; Reiß, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei der Steuerhinterziehung, wistra 1987, 161; Roxin, Ungelöste Probleme beim Verbotsirrtum, en: Hirsch (ed.), Deutsch-Spanisches Strafrechtslehrerkolloquium 1986, 1987, 81; Kohlschütter, Die strafrechtstheoretische Lösung der Fälle des indirekten Verbotsirrtums, tes. doct. Bayreuth, 1989; Küper, Die dämonische Macht des "Katzenkönigs", JZ 1989, 617; Spendel, Das Unrechtsbewußtsein in der Verbrechenssystematik, Tröndle-FS, 1989, 89; Stratenwerth, Vermeidbarer Schuldausschluß, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 485; Otto, Der Verbotsirrtum, Jura 1990, 645; Zaczyk, Der verschuldete Verbotsirrtum, JuS 1990, 889; Dimakis, Der Zweifel an der Rechtswidrigkeit der Tat, 1992; Groteguth, Normund Verbots(un)kenntnis. § 17 S. 2 StGB, 1993; Neumann, Der Verbotsirrtum (§ 17 StGB), JuS 1993, 793.

I. La regulación del error de prohibición. Evolución histórica y problemática de política jurídica

Concurre un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida. P.ej. alguien graba en una cinta magnetofónica, sin que lo sepa su interlocutor, la conversación telefónica que está manteniendo (§ 201); no se le pasa por la cabeza la idea de que eso pueda estar prohibido. O alguien organiza para fines de beneficencia una lotería pública (§ 286); no sospecha que necesita una autorización oficial para ello. O alguien seduce a una muchacha de quince años (§ 182); conoce su edad, pero considera permitido su hecho. 1

Respecto de la —en ocasiones difícil— delimitación del error de prohibición frente al error de tipo (§ 16), se puede hacer remisión a explicaciones anteriores (§ 12, nm. 81 ss.). Su criterio rector es que el error de prohibición sólo afecta a la valoración jurídica global; el error sobre circunstancias particulares, se base en razones fácticas o jurídicas, es siempre un error de tipo. Hay que distinguir además el error de prohibición del error sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación (sobre ello a fondo § 14, nm. 51 ss.); también se han tratado ya los problemas de delimitación que al respecto se producen (§ 14, nm. 77 ss.). 2

Es cierto que el error de tipo y el error sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación conducen también, de manera mediata, a un error de prohibición, en cuanto que privan al sujeto de la "comprensión de que hace algo injusto". Pero, como las consecuencias jurídicas de los dos errores primeramente mencionados resultan más beneficiosos que el error de prohibición para el sujeto, el recurso inmediato o por analogía al § 16 excluye la aplicación del § 17. Este rige por tanto sólo para el error de prohibición "inmediato". 3

El legislador ha configurado el error de prohibición invencible como causa de exclusión de la culpabilidad. Por tanto, si los tres sujetos de los casos de partida no pudieron vencer o evitar su error, entonces actúan de modo típico y antijurídico, pero no culpable, y han de ser absueltos. Si el error, como sucede en la mayoría de los casos, fue vencible, tampoco excluye la culpabilidad, sino que conduce sólo a una atenuación facultativa de la pena (§ 17 4

inc. 2). En particular, el error de prohibición, sea vencible o invencible, no afecta al dolo del sujeto. Por tanto, si en los ejemplos de partida aceptamos que los sujetos pudieron evitar su error, se les castiga por delito doloso conforme a los §§ 201, 286 y 182; no obstante, en la mayoría de los casos la pena correspondiente al dolo se rebaja conforme al § 49 I. Una concepción así del error de prohibición como causa de exclusión o de atenuación de la culpabilidad no resulta en modo alguno evidente, sino que es el resultado de una larga evolución y resulta aún hoy discutida.

5 El StGB de 1871 únicamente había tratado en el § 59 como excluyente del dolo el error de tipo y no había regulado el error de prohibición. Sobre esta base el RG había distinguido entre error de hecho y de Derecho. El error sobre hechos excluiría con carácter general el dolo. En cambio, en los errores de Derecho se volvía a diferenciar: los errores de Derecho penal serían totalmente irrelevantes, mientras que los errores de Derecho extrapenal se equiparaban al error de hecho y se trataban como excluyentes del dolo [1]. Conforme a ello, se consideraba p.ej. el error sobre la ajenidad de una cosa como error de Derecho extrapenal y por tanto como excluyente del dolo, porque las relaciones de propiedad estaban reguladas en el BGB (RGSt 50, 183); en cambio, las falsas representaciones expuestas en el nm. 1 no habrían podido, como errores de Derecho penal, exonerar a los sujetos. En la doctrina científica se rechazó casi unánimemente esta jurispr., pese a sus resultados a menudo admisibles en el caso concreto [2]. Y con razón: pues los errores de Derecho penal y extrapenal no son claramente delimitables entre sí; p.ej. se habría podido interpretar el concepto de ajenidad, dado que está contenido en el StGB, también como concepto jurídico penal. Tampoco resulta convincente que la cuestión, a menudo dependiente de casualidades, de si una materia jurídica está regulada en el StGB o fuera de él, haya de prejuzgar la relevancia del error: "... no tiene sentido considerar disculpante un error de Derecho sobre el derecho de autotutela por el hecho de que la autotutela esté regulada en el BGB, y sin embargo un error de Derecho sobre la legítima defensa como no disculpante, porque la misma se trate en el StGB" [3]. Pero, sobre todo, atenta contra el principio de culpabilidad dejar sin relevancia un error de Derecho, sea de la clase que sea, si fue invencible.

6 En la doctrina científica se impuso por consiguiente la opinión de que un error de prohibición debe disculpar como mínimo cuando es invencible y por tanto no reprochable. Quien no posee la posibilidad de acceder al conocimien-

---

[1] Entre la numerosa bibliografía, cfr. simplemente Kohlrausch, 1903, 118 ss., y últimamente Arth. Kaufmann, 1950, 46 ss.

[2] Sólo recientemente la jurispr. del RG vuelve a hallar un cierto reconocimiento como principio rector para la delimitación entre error de tipo y de prohibición; al respecto más detenidamente § 12, nm. 102 ss.

[3] Frank, StGB, ^{18}1931, § 59 III 2.

to de la norma no es normativamente asequible (al respecto § 19, nm. 34 ss.) y actúa sin culpabilidad [4], y tampoco puede por tanto ser castigado. Sin embargo siguió discutiéndose mucho cómo repercute un error de prohibición vencible en la culpabilidad. A este respecto se configuraron dos concepciones opuestas —con múltiples matices y variaciones en los pormenores—, que se conocen con los nombres de "teoría del dolo" y "teoría de la culpabilidad". La teoría del dolo, cuya fundamentación más impresionante la dio por primera vez Binding [5], contempla la esencia del delito en la rebelión consciente del sujeto contra la norma y en consecuencia sólo aprecia culpabilidad dolosa cuando el sujeto actuó con conciencia de la antijuridicidad. Convierte por tanto a la conciencia de la antijuridicidad en un presupuesto del dolo (de ahí el nombre "teoría del dolo"). Según ello, en nuestros tres ejemplos de partida (nm. 1) los sujetos quedarían impunes, porque les falta el dolo y la comisión imprudente no es punible. Frente a ello, la teoría de la culpabilidad, que bajo la influencia de la teoría finalista de la acción alcanzó el carácter de opinión dominante en la posguerra, parte de la idea de que la conciencia de la antijuridicidad no sería presupuesto del dolo y tampoco necesariamente de la plena culpabilidad. A quien por indiferencia absoluta no se preocupa de la ley no se le ha de juzgar, en caso de infracción de ésta, más benignamente que a aquel que conscientemente la burla; por lo demás, un error de prohibición podría atenuar la pena correspondiente al dolo según la medida de su reprochabilidad. En nuestros casos demostrativos esta concepción conduce a que los sujetos sean sancionados con una pena correspondiente al dolo atenuada —como se expuso en el nm. 4—, si podían evitar su error.

En la posguerra los tribunales se apartaron de la jurispr. del RG. La resolución de la Gran Sala de lo Penal de 18-3-1952 (BGHSt 2, 194) marca un giro histórico. Se pronunció no sólo contra el RG, sino también contra la teoría del dolo y estableció con su voto en favor de la teoría de la culpabilidad el cambio de vía para el futuro. No sólo el P 1962 y el PA, sino también la nueva Parte general en el § 17, han seguido la teoría de la culpabilidad. No obstante, desde un punto de vista de política jurídica ha seguido siendo discutida la regulación. El AG Pinneberg fue de la opinión de que el tratamiento diferenciado del error de tipo y el error de prohibición (en el primero exclusión del dolo y en el segundo sólo atenuación facultativa de la pena) infringe el art. 3 GG. Sin embargo BVerfGE 41, 121, confirmó la constitucionalidad de la ley vigente. 7

---

[4] Frente a ello, Spendel, Tröndle-FS, 1989, 89 ss., defiende la opinión de que la conciencia real o potencial de la antijuridicidad pertenece al tipo subjetivo, de modo que por tanto un error de prohibición invencible excluiría ya la realización del tipo. Lo fundamenta en que el error de prohibición sería objeto de la valoración y por eso debería pertenecer al injusto, mientras que la mera valoración se reservaría a la culpabilidad. Sin embargo valoración y objeto de valoración van unidas tb. en todas las demás causas de exclusión de la responsabilidad; cfr. § 19, nm. 14.

[5] Binding, Normen, t. II/2, [2]1916, §§ 125 ss.

8 Se ha de aprobar la decisión del legislador por la teoría de la culpabilidad. Sin embargo Schmidhäuser [6], el más ferviente partidario de la teoría del dolo en el presente, escribe que en la existencia o la falta de conciencia de la antijuridicidad * en la comisión del hecho radica "exclusivamente... la diferencia que, desde criterios de culpabilidad, fundamenta el totalmente distinto merecimiento de pena; nunca puede bastar aquí para el delito doloso el mero conocimiento de hechos." Pero con ello se sobrevalora la relevancia de la conciencia de la antijuridicidad para la culpabilidad. Es verdad que en general quien atenta contra el Derecho de manera consciente cargará sobre sí una culpabilidad más alta que quien infringe la ley de manera inconsciente; también la teoría de la culpabilidad puede tenerlo en cuenta mediante una atenuación de la pena. Pero ello no es forzosamente así. La culpabilidad de quien infringe normas éticosociales elementales, p.ej. al realizar negocios usurarios de manera aprovechada (§ 302 a) o al maltratar sin miramientos a sus hijos (§ 223 b), no es menor cuando sin conciencia no considera en absoluto la posibilidad de una transgresión del Derecho que cuando primeramente ha de vencer escrúpulos jurídicos. Pues el fundamento de la punición del delito doloso no consiste en la desobediencia, sino en que el sujeto desdeña de manera intolerable los intereses de otros o de la comunidad [7]. La diferencia valorativa decisiva no se halla en la presencia o ausencia de conciencia de la antijuridicidad, sino en si el sujeto actúa, como en el error de tipo o en el error de tipo permisivo, conforme a parámetros que en una contemplación objetiva coinciden con los del Derecho (en tal caso siempre exclusión del dolo y a lo sumo imprudencia) o si orienta su conducta por parámetros que se apartan de los del Derecho. La segunda constelación es la del error de prohibición; sólo en ella se decide en el caso concreto si concurre culpabilidad plena o atenuada o ninguna responsabilidad jurídicopenal en absoluto.

9 Además, es incompatible con la función del Derecho como ordenamiento objetivo el que la teoría del dolo ponga la vigencia de las normas jurídicas ampliamente a disposición de sus destinatarios; basta sólo con no tomar conciencia de un tipo para quedar a salvo de su amenaza de pena. Entonces ya no se castiga lo que el legislador conmina con pena, sino lo que el particular

---

[6] Schmidhäuser, JZ 1979, 367.

* Traduzco aquí y por regla general "Unrechtsbewußtsein" por "conciencia de la antijuridicidad" (que literalmente corresponde a "Bewußtsein der Rechtswidrigkeit") porque aquellas dos expresiones son las más utilizadas actualmente en la doctrina alemana y española respectivamente para referirse al conocimiento por el sujeto del carácter prohibido de su conducta. No obstante, la traducción más literal de "Unrechtsbewußtsein" sería "conciencia del o de lo injusto" o (la que resultaría preferible y más coincidente con el tenor del art. 14.3 CP, aunque no ha arraigado la traducción de "Unrecht" por hecho ilícito o por ilicitud, que en definitiva serían menos extrañas en castellano que "hecho injusto" e "injusto") "conciencia de la ilicitud" [N. del T.].

[7] Cfr. Arth. Kaufmann, 1950, 142 ss. y *passim*, quien se fija en la conciencia de la dañosidad social.

considera prohibido. Muchos defensores de la teoría del dolo han intentado superar estas objeciones haciendo una excepción en los supuestos de error de prohibición basado en "ceguera jurídica" u "hostilidad al Derecho" y propugnando castigar por delito doloso, pese a la falta de conciencia de la antijuridicidad. Pero éste es un mal expediente, pues, cuando se trata como dolosa una acción que conforme a las premisas de esta concepción es imprudente, se abandona el punto de partida y se admite que la conciencia de la antijuridicidad no caracteriza siempre la diferencia decisiva de culpabilidad entre el dolo y la imprudencia. Este es sin embargo el criterio de la teoría de la culpabilidad, que es mejor seguir desde un principio.

Sin embargo, la teoría de la culpabilidad pierde poder de convicción y la **10** teoría del dolo gana plausibilidad en la misma medida en que la dañosidad social de una conducta ya no sea deducible sin más del conocimiento de las circunstancias determinantes del injusto jurídicopenal. En el Derecho penal especial o accesorio, con sus miles de disposiciones penales que apenas nadie retiene en la cabeza, a menudo sólo del conocimiento del precepto se puede obtener el impulso para la omisión de la acción prohibida, de modo que, cuando falta el conocimiento de la prohibición, se actúa con culpabilidad sustancialmente disminuida. Pero en algunas normas del StGB, como v.gr. las tomadas como ejemplo en el nm. 1, la conciencia de la dañosidad social tampoco se deriva sin más para el no jurista del conocimiento de las circunstancias del hecho. No obstante, una absolución general en caso de falta de conocimiento de la norma, como postula —cuando no se castiga la comisión imprudente— la teoría del dolo, no sería tampoco la solución políticocriminalmente correcta en tales tipos, porque una interpretación así paralizaría los esfuerzos por conocer el Derecho y derogaría en la práctica normas que nadie conoce. Será preferible tener en cuenta desde la perspectiva de la teoría de la culpabilidad la menor necesidad de pena y, según la situación del caso, no pocas veces incluso la falta total de necesidad de pena del sujeto que actúa en error de prohibición en estos ámbitos, haciendo un uso generoso de la posibilidad de atenuación de la pena y, cuando se pueda renunciar totalmente a una pena, juzgando el error de prohibición como invencible conforme a parámetros normativos (más detenidamente nm. 37 ss.).

Algunos autores aislados intentan aún hoy interpretar recogida en el Derecho vigente la **11** teoría del dolo. Así Schmidhäuser [8] propugna aplicar analógicamente el § 16 I 1 al error de prohibición. El § 17 queda entonces en gran medida vacío. El inciso 1 se referiría sólo a

---

[8] Schmidhäuser, JZ 1979, 361 ss.; además idem, StuB AT², 7/89 s.; similar su discípulo Langer, GA 1976. Según Otto, AT⁴, § 7 V 1, idem, Jura 1990, 645, siguiendo a Arth. Kaufmann, 1950, 142 ss., la conciencia de la dañosidad social pertenece al dolo ("teoría modificada del dolo"); eso desemboca en cuanto al resultado en gran medida en la "teoría más flexible o suavizada de la culpabilidad" (nm. 40), por la que aquí se aboga (nm. 37-41), que con frecuencia llega a la conclusión de la invencibilidad del error de prohibición en el Derecho penal especial o accesorio cuando falta la conciencia de la lesividad social.

hechos no dolosos y expresaría la evidencia de que no existe imprudencia cuando el error es invencible; el inciso 2 introduciría una posibilidad de atenuación para la imprudencia basada en un error de prohibición. Se discute si tal lectura está ya excluida por el efecto vinculante de BVerfGE 41, 121 [9]. En cualquier caso, no sólo es materialmente errónea por las razones expuestas, sino que además vulnera la ley. Ni siquiera Schmidhäuser discute que el legislador pretendió codificar la teoría de la culpabilidad [10]. Esa voluntad ha hallado una expresión tan clara en el StGB que a los intérpretes les está absolutamente vedada otra interpretación [11]. Cuando la rúbrica oficial del § 17 * reza "error de prohibición", no se puede admitir que éste esté regulado en el § 16. También seguiría siendo inexplicable por qué la imprudencia causada por un error de prohibición debería atenuarse aún más mediante el § 17 inc. 2 frente a la imprudencia de hecho. Finalmente la ley permite reconocer también sin lugar a dudas que los tipos imprudentes están concebidos únicamente para la imprudencia de hecho.

II. El objeto de la conciencia de la antijuridicidad

12 "Conciencia de la antijuridicidad significa: el sujeto sabe que lo que hace no está jurídicamente permitido, sino prohibido" (BGHSt 2, 196) [12]. Según eso, para la conciencia de la antijuridicidad no basta la conciencia de la dañosidad social o de la contrariedad a la moral de la propia conducta; pero, por otro lado, tampoco es necesaria según la op. dom. la conciencia de la punibilidad. Se exige demasiado poco cuando se considera suficiente para la conciencia de la antijuridicidad la conciencia de la dañosidad o de la inmoralidad [13]. Pues, dado que ni mucho menos todas las acciones disvaliosas están prohibidas (v.gr. en el terreno de la conducta sexual o en la pugna propia de la competencia económica), la conciencia de contravenir normas sociales o éticas supone a lo sumo un medio para acceder al conocimiento de la prohibición, pero no es este mismo conocimiento. Además, las valoraciones sociales y morales son tan cambiantes en una sociedad pluralista que el Derecho no puede exigir la orientación incondicional por ellas, sino que por regla general sólo puede formular el reproche íntegro de culpabilidad cuando el sujeto desatiende conscientemente prohibiciones y mandatos jurídicos. No obstante, la conciencia de la dañosidad social o del carácter de cualquier otro modo disvalioso de la propia conducta es un indicio de la vencibilidad de un error de prohibición (cfr. nm. 56) y en casos extremos puede conducir a la negación

---

[9] A favor Kramer/Trittel, JZ 1980, 393; en contra Schmidhäuser, JZ 1979, 363; idem, JZ 1980, 396.

[10] Al respecto, exhaustivamente Loos, Wassermann-FS, 1985, 125.

[11] Acertadamente Jakobs, AT², 19/15; Wessels, AT²³, § 11 I 3.

* En el StGB los parágrafos tb. llevan rúbrica (encabezamiento, epígrafe, título) alusiva a su contenido, cosa que no sucede en el CP, en que sólo la llevan los libros, títulos, capítulos y secciones [N. del T.].

[12] Así tb. la op. dom. y la jurispr. que sigue: BGHSt 3, 129; 4, 242; 5, 288; 10, 41; 16, 158; 19, 279 ss. Exhaustivamente Rudolphi, 1969, 56 ss.

[13] Igualmente de manera expresa BGH GA 1969, 61; AK-Neumann, § 17, nm. 13, 16, con ulteriores referencias; de otra opinión en cambio Arth. Kaufmann, 1950, 142 ss.; idem, ²1976, 130 ss.; Schmidhäuser, H. Mayer-FS, 1966, 329.

de cualquier atenuación de la culpabilidad (cfr. nm. 8). Así se reduce la trascendencia práctica de la divergencia de opiniones; precisamente porque el § 17 no concede al error de prohibición relevancia para excluir el dolo y ni siquiera necesariamente para rebajar la pena, se puede mantener sin reparos la prohibición o mandato legales como punto de referencia de la conciencia de la antijuridicidad. Tampoco la conciencia de una infracción disciplinaria constituye aún conciencia de la antijuridicidad, porque el Derecho disciplinario formula normas especiales internas y no se refiere a las reglas de conducta vigentes para todos los ciudadanos, por las cuales se orienta el Derecho penal [14].

En cambio, según jurispr. constante [15] y op. totalmente dom., la conciencia **13**
de la punibilidad * no es precisa para el conocimiento de la prohibición; si el legislador hubiera querido exigirla, debería haber hablado de "comprensión de actuar de manera punible" y no de "comprensión de hacer algo injusto". Por tanto, cuando alguien sabe que con la utilización de un coche o una bicicleta ajenos comete una privación ilegal jurídicocivilmente no permitida (§ 858 BGB), pero no tiene la menor idea de la punibilidad de este hecho (§ 248 b), no se halla en error de prohibición, y por tanto no puede esperar una atenuación de la pena conforme al § 17 inc. 2. Lo mismo rige cuando alguien clasifica su conducta como contravención, sin saber de su punibilidad [16]. La irrelevancia de la conciencia de la punibilidad se deriva de que el conocimiento de la prohibición debería bastarle en todos los casos al sujeto para motivarse hacia una conducta fiel al Derecho; la especulación con la mera exención de pena no merecería atenuación alguna. Frente a ello, últimamente se considera de manera aislada [17] la punibilidad objeto de la conciencia de la antijuridicidad [18]. De esta idea es correcto que quien comete conscientemente un delito carga sobre sí aún más culpabilidad que quien sólo quiere infringir una prohibición de otro tipo. Pero esta diferencia de culpabi-

---

[14] Cfr. Maurach/Zipf, AT/1[8], 1/16 ss.; de otra opinión Sch/Sch/Cramer[24], § 17, nm. 5; SK[5]-Rudolphi, § 17, nm. 6.

[15] BGHSt 2, 202; 10, 41; 15, 383.

* Sobre el sentido en que se emplea aquí el término punibilidad, cfr. la N. del T. contenida en el nm. 104 del § 12 [N. del T.].

[16] Totalmente como aquí OLG Stuttgart NStZ 1993, 344; de otra opinión p.ej. Rudolphi, 1969, 87 ss.

[17] LK[10]-Schroeder, § 17, nm. 7; Otto, ZStW 87 (1975), 595; Neumann, JuS 1993, 795, exige la conciencia de infringir "una norma del Derecho positivo reforzada mediante sanción"; bastaría por tanto la clasificación como contravención, pero no el conocimiento de un ilícito civil, administrativo o disciplinario.

[18] El predecesor de esta concepción es Feuerbach, quien desde la perspectiva de su "teoría de la coacción psicológica" (al respecto § 3, nm. 22) estimaba que sólo mediante el conocimiento de la punibilidad se activa el efecto coactivo que pudiera motivar al sujeto a omitir acciones punibles. No obstante volvió a restringir mediante una prevención basada en el dolo este principio radical y buscó tb. en los demás puntos compromisos. Cfr. acerca de Feuerbach Arth. Kaufmann, 1950, 37 ss., y Maurach, Eb. Schmidt-FS, 1961, 301 ss.

lidad no requiere un marco penal especial, sino que se puede tener en cuenta en la medición ordinaria de la pena. Por lo demás, la trascendencia práctica de la cuestión controvertida es muy pequeña, pues, dado que el ciudadano medio no preparado apenas sabe distinguir entre diversos campos jurídicos y entiende prohibición la mayoría de las veces como prohibiciones jurídicopenales, la conciencia de la antijuridicidad se vinculará a la conciencia de la punibilidad. Además, un error sobre la punibilidad con pleno conocimiento de la punición, si se lo quisiera incluir en el § 17, normalmente no se contemplaría como motivo de reducción del marco penal [19], de modo que en definitiva el sujeto no podrá contar con una punición distinta que si se rechaza desde un principio el recurso al § 17.

14 Tampoco la jurispr. es punto de referencia de la conciencia de la antijuridicidad [20]. Por tanto, es posible que alguien crea, pese a la jurispr. en contra, en la conformidad a Derecho de su conducta, porque —v.gr. como jurista o en virtud de dictámenes por él solicitados— considera erróneo el punto de vista jurídico de aquélla, del mismo modo que, a la inversa, alguien puede juzgar antijurídica una conducta que la jurisprudencia considera permitida. No obstante, ésta es una consideración un tanto académica, pues por regla general el ciudadano se atendrá a la jurispr. si la conoce, de modo que su conciencia de la antijuridicidad o de la falta de ésta se orientará por ella. Cuando sin embargo su valoración de la situación jurídica se aparte de la de la jurispr., normalmente caerá en un estado de duda; existe entonces una conciencia eventual de la antijuridicidad que ha de ser tratada conforme a reglas especiales (cfr. nm. 28 ss.).

15 Si se contempla como objeto de la conciencia de la antijuridicidad la prohibición o el mandato jurídicos, de ello se deduce que el sujeto que actúa por motivos de conciencia o por convicción no puede invocar el § 17, en la medida en que sabe simplemente que el ordenamiento jurídico prohíbe tal conducta [21]. Por tanto, quien comete un allanamiento de morada (§ 123) o unas coacciones (§ 240), porque está convencido de que debe manifestarse de este modo contra abusos sociales o políticos, no actúa en error de prohibición si sabe que el ordenamiento jurídico desaprueba el hecho que él considera necesario [22]. Sólo se daría un error de prohibición cuando el sujeto pensara que también el ordenamiento jurídico aprobaba su conducta en las circunstancias concretas

---

[19] El mismo Schroeder, LK[10], § 17, nm. 7, opina tb. que "un error sobre la punibilidad con conocimiento simultáneo de la antijuridicidad general muy rara vez será invencible y a menudo no merecerá tampoco una atenuación de la pena".

[20] Al respecto exhaustivamente y no coincidiendo en todos los puntos Rudolphi, 1969, 93 ss.

[21] Así tb. BGHSt 4, 3; OLG Bremen NJW 1963, 1932; OLG Hamm NJW 1965, 777; OLG Hamm NJW 1968, 214.

[22] Va en parte más lejos en el supuesto del sujeto que actúa por motivos de conciencia Peters, H. Mayer-FS, 1966, 257 ss.; idem, JZ 1966, 457 ss. Discr. tb. Arm. Kaufmann, ZStW 80 (1968), 40 s.

del caso —p.ej. en virtud del § 34—. De la misma manera que una actuación contra la propia conciencia no excluye un error de prohibición, tampoco la propia decisión en conciencia con conocimiento de la prohibición puede eliminar la conciencia de la antijuridicidad. Con ello no se dice que la voz de la conciencia o incluso simplemente las convicciones respetables sean irrelevantes para la valoración jurídicopenal. Pueden tener consecuencias en favor del sujeto en la medición de la pena e incluso dar lugar a una causa de exclusión de la culpabilidad en casos concretos (al respecto § 22, nm. 122 ss.). Pero eso es harina de otro costal.

Sin embargo, la afirmación de que la antijuridicidad es el objeto del conocimiento del injusto requiere aún una ulterior precisión. En efecto, la antijuridicidad es el punto de referencia de un error relevante conforme al § 17 no como prohibición abstracta, sino sólo en relación con el injusto concreto del tipo correspondiente. "La conciencia de la antijuridicidad existe cuando el sujeto reconoce como injusto la lesión específica del bien jurídico abarcada por el tipo aplicable" [23]. Ello conduce en primer lugar a la hoy indiscutida divisibilidad de la conciencia de la antijuridicidad, es decir, al reconocimiento de que el sujeto que realiza con su acción varios tipos puede actuar con pleno conocimiento de la prohibición en relación con una disposición y hallarse no obstante en un error de prohibición (tal vez invencible) respecto de otra. El BGH no reconoció en un principio tal divisibilidad. En un caso [24] el sujeto había vendido en el extranjero piezas ajenas de un museo; se daba perfecta cuenta del hurto, pero no de que además infringía una ley de régimen militar que conminaba con pena la exportación de tales bienes. El BGH no le apreció error de prohibición ni siquiera respecto de la prohibición de exportar; pues la conciencia de la antijuridicidad que habría tenido en relación con el hurto sería indivisible: "Su conocimiento de que su acción era un hurto debería haberle movido a abstenerse del hecho." De manera análoga BGHSt 3, 342, no sólo castigó conforme al § 174 [abuso sexual de personas que se hallan bajo la protección del autor] a un hombre que había mantenido relaciones sexuales con su hijastra, sino que tampoco apreció en él un error de prohibición en relación con el tipo de incesto realizado simultáneamente según el Derecho de la época (§ 173 II v. a.), pese a que no se le había ocurrido la idea de un incesto. Ambas sentencias vulneraron el principio de culpabilidad, pues la culpabilidad es siempre culpabilidad por el hecho: sólo se puede realizar culpablemente un tipo determinado (y no algo antijurídico *in abstracto*). El que se realice culpablemente el tipo A no dice todavía nada sobre si se conoció o se pudo conocer también el injusto del tipo B. Esta concepción se ha impuesto también con carácter general en la jurispr. a partir de BGHSt 10, 16

[23] BGHSt 15, 377.
[24] Referido en BGHSt 10, 36 s.

35 ss. (con motivo de un supuesto de hecho que se parecía al de BGHSt 3, 342) [25]. "Ni la conciencia general de realizar algo injusto ni la conciencia de la antijuridicidad referida a otro tipo pueden justificar el reproche de culpabilidad específico por el tipo realizado por el sujeto" (loc. cit., 39). Mediante esta referencia o adscripción de la conciencia de la antijuridicidad al tipo se relativiza aún más la de todos modos pequeña diferencia entre la conciencia de la antijuridicidad y la conciencia de la punibilidad (nm. 13).

17 La conciencia de la antijuridicidad es divisible no sólo en relación con distintos tipos, sino también dentro de un mismo tipo, cuando éste protege distintos bienes jurídicos [26]. Por tanto, cuando alguien sustrae violentamente a su deudor una cosa genérica que éste no entrega y realiza así el tipo del robo (§ 249), puede suceder perfectamente que, si bien actúa con plena conciencia de la antijuridicidad respecto de las coacciones contenidas en su acción, no conozca sin embargo, debido a la verdadera existencia de su derecho, el injusto del hurto por él cometido y se halle en esa medida en error de prohibición (en su caso, incluso invencible). El error de prohibición de un sujeto que conoce la antijuridicidad de su conducta realizadora del tipo básico también puede referirse a circunstancias cualificantes [27].

18 La divisibilidad de la conciencia de la antijuridicidad es además la clave para resolver el problema del llamado doble error de prohibición: el sujeto no conoce la prohibición específica del tipo, pero considera prohibido por otra razón su hecho. Ej. [28]: Un tío seduce a su sobrina de quince años; no sabe que la seducción de muchachas de quince años está prohibida (§ 182); pero erróneamente piensa que las relaciones sexuales entre tío y sobrina están prohibidas como incesto (§ 173). El sujeto tiene aquí una "falsa" conciencia de la antijuridicidad, es decir aprecia una prohibición que no existe, pero no conoce la realmente existente. Se trata de un error de prohibición, porque falta la conciencia del injusto específico del tipo [29].

III. Las formas de manifestación de la conciencia de la antijuridicidad

19 Todos los errores de prohibición son iguales en que el sujeto se equivoca sobre la prohibición específica del tipo. Pero las razones en las que se basan los errores de prohibición pueden ser diversas y permiten hablar de formas específicas de manifestación del error de prohibición. Las más importantes de ellas son:

---

[25] BGH MDR (D) 1958, 738; NJW 1963, 1931; MDR (D) 1967, 14; OLG Stuttgart NJW 1964, 413.
[26] Cfr. más detenidamente Warda, NJW 1953, 1052; Zimmermann, NJW 1954, 908; Baumann, JZ 1961, 564; Rudolphi, 1969, 80 ss.
[27] De otra opinión BGHSt 8, 324; 15, 383.
[28] De Sch/Sch/Cramer[24], § 17, nm. 11.
[29] Más detenidamente Rudolphi, 1969, 89 ss.; Haft, JuS 1980, 430, 659. Discr. Hirsch, 1960, 229 s.

1. El error sobre la existencia de una prohibición

Este es el caso clásico de error de prohibición, como el que sirve de base 20
a nuestros ejemplos de partida (nm. 1) o el que p.ej. se da cuando alguien mantiene relaciones sexuales con una mujer enferma mental (§ 179 II) y no sabe en absoluto que ello está prohibido (BGH JR 1954, 188). No es muy frecuente en el ámbito del Derecho penal nuclear, pero sí más en el Derecho penal especial o accesorio. Hay que tener en cuenta que existe un error de prohibición no sólo cuando el sujeto se representa positivamente que no actúa de modo antijurídico, sino ya cuando le falta la conciencia de la antijuridicidad sin que hubiera reflexionado nunca sobre tal posibilidad. Sin embargo el P 1962 había pretendido apreciar sólo un error de prohibición en quien "erróneamente supone no hacer algo injusto" (§ 21). La sola falta de comprensión de que se hace algo injusto no debería descargar de responsabilidad [30]: "Quien no hace examen en modo alguno de su hecho, y por ello no se percata de que hace algo injusto, no actúa aún por ello sin culpabilidad o con culpabilidad disminuida." Pero esto es falso, porque precisamente la persona que no tiene ni la menor idea no empleará ni un pensamiento en la cuestión de si actúa conforme a Derecho o antijurídicamente; no es culpable, si tampoco en el caso de "haber hecho examen" interior habría podido tener conciencia de la antijuridicidad de su hecho. Por eso, la Comisión especial para la Reforma del Derecho Penal corrigió con razón el P 1962 e hizo suficiente para el error de prohibición la falta de "comprensión de que se hace algo injusto" [31].

2. El error sobre la existencia o los límites de una causa de justificación

Este error no es infrecuente incluso en tipos más importantes del Derecho 21
penal nuclear. Cuando v.gr. alguien cree poder corregir mediante castigo corporal a los niños ajenos cuando hacen travesuras imperdonables, actúa en error de prohibición en cuanto a las lesiones (§ 223); se imagina una causa de justificación que no existe. Lo mismo rige cuando unos estudiantes creen poder perturbar o interrumpir una clase en virtud de un supuesto derecho de huelga (§§ 123 y 240), o cuando alguien comete un sabotaje de recursos militares (§ 109 e) suponiendo que un derecho a promover la paz mundial le autoriza a ello. Aún con mayor frecuencia se producen tales errores en la forma de que el sujeto extiende demasiado los límites de una causa de justificación en sí existente: v.gr. parte de la suposición de que también las medidas defensivas que sobrepasan la medida de lo necesario o que se dirigen contra agresiones futuras están amparadas por legítima defensa (§ 32); u opina que el estado de necesidad justificante (§ 34) autoriza la injerencia en los derechos de personas no implicadas ya en caso de equivalencia de los intereses en

[30] BT-Drucks. IV/650, 135.
[31] Cfr. BT-Drucks. V/4095, 9.

conflicto, que el derecho de detención (§ 127 StPO) permite a los particulares la utilización de armas de fuego, etc. No se puede delimitar de modo lógico el error sobre los límites de una causa de justificación (error sobre el límite de la permisión) de la suposición errónea de una causa de justificación inexistente (error de permisión), pues quien fija los límites de una causa de justificación de manera distinta que el legislador también supone en esa medida una causa de justificación que no existe. La distinción admite por tanto a lo sumo extraer conclusiones sobre cuánto se han alejado las representaciones del sujeto respecto de una situación real de justificación.

3. El error de subsunción

22 Un error de subsunción es un error de interpretación. El sujeto interpreta equivocadamente un elemento típico de modo que llega a la conclusión de que no se realizará mediante su conducta. Tal error puede ser un error de tipo o un error de prohibición o incluso sólo un error irrelevante de punibilidad, según que oculte al sujeto el contenido de significado social de un elemento o sólo la prohibición específica del tipo o sólo la punibilidad de su actuación (acerca de la delimitación de los dos primeros grupos de casos cfr. más detenidamente § 12, nm. 85 ss.). Quien borra la raya del posavasos de cerveza, mediante el cual el camarero pretende probar el número de "medios litros" consumidos, tiene dolo de falsificación de documentos (§ 267) si conoce la trascendencia probatoria de la raya (al respecto § 12, nm. 86). Se halla sin embargo en un error de prohibición (vencible) si cree que sólo los escritos formalizados son documentos y sólo ellos gozan de la protección del ordenamiento jurídico desde puntos de vista jurídicoprobatorios; el que conozca el carácter prohibido de su hecho desde la perspectiva de la estafa (§ 263) no es suficiente para la conciencia del injusto específico del tipo. Si por el contrario considera prohibida, si bien no punible, la falsificación de la prueba como tal, concurre sólo un error irrelevante de punibilidad. También quien p.ej. opina que a los animales no se les ha de tratar como cosas (§ 90 a BGB), y por ello no califica de daños (§ 303) el envenenamiento de un perro ajeno (al respecto § 12, nm. 86), se halla normalmente sólo en un error de punibilidad, porque estará enterado de la lesión jurídicocivil de la propiedad por él cometida y así del injusto específico del tipo de su conducta.

23 Por tanto, un error de subsunción no es necesariamente un error de prohibición. Sin embargo sí lo es la mayoría de las veces, porque se produce principalmente en supuestos de conceptos normativos complicados, en los que la interpretación decide sobre el carácter permitido o prohibido de una conducta. Cuando un abogado, a consecuencia de una falsa interpretación, considera que no se da el elemento "el mismo asunto jurídico" en el § 356 [deslealtad profesional por traición a la parte o doble defensa] por regla general hallará permitida su actividad para ambas partes, o sea será víctima de un

error de prohibición. Lo mismo rige para la gestión desleal (§ 266) cuando alguien cree equivocadamente que no infringe mediante un determinado negocio su "deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos". Los errores de subsunción son incluso no pocas veces errores de prohibición invencibles, v.gr. cuando alguien se fía de informaciones de abogados o de decisiones judiciales que posteriormente resultan equivocadas (cfr. nm. 60 ss.).

4. El error de validez

Una forma menos frecuente de error de prohibición es el error de validez. 24
En él el sujeto conoce la norma prohibitiva y por regla general incluso la norma penal, pero la considera nula, p.ej. porque al órgano que la dictó le faltaba la competencia legislativa, o porque el precepto atenta contra un derecho fundamental o contra el principio de determinación. Se ha de juzgar este caso como error de prohibición en tanto en cuanto quien actúa invoque, como en los ejemplos citados, causas de nulidad que también estén reconocidas por el ordenamiento jurídico. Otra cosa sucede cuando el sujeto considera válida una ley conforme a los parámetros del ordenamiento jurídico, pero no la estima vinculante para sí por razones políticas, ideológicas, religiosas o de conciencia [32]. Las razones de esa índole no modifican en nada la conciencia del carácter prohibido de la propia acción, que es lo único decisivo [33].

Además, en la medida en que un delincuente puede discutir la validez de 25
una ley por razones jurídicas, o sea puede invocar en principio un error de prohibición, hay que ser sin embargo cuidadoso a la hora de admitir tal error *in concreto*. Pues la situación jurídica rara vez está tan clara como para que alguien pueda estar seguro de la nulidad de una ley. La mayoría de las veces el caso es discutible, de modo que el sujeto considera entonces dudosa la validez de la ley y sólo posible o probable su invalidez. No existe en tal caso un simple error de prohibición, sino una "conciencia eventual de la antijuridicidad", que precisa de un tratamiento aparte (nm. 28 ss.).

IV. Las formas de conciencia del error de prohibición

No sólo posee conciencia de la antijuridicidad quien reflexiona durante la 26
comisión del hecho sobre la antijuridicidad de su conducta y de ese modo piensa constantemente en ello. Efectivamente existen sujetos así, p.ej. cuando alguien ha de superar graves escrúpulos y remordimientos de conciencia durante el hecho; pero son más bien escasos. En el caso normal p.ej. un ladrón naturalmente sabe que hurtar está prohibido, pero durante la ejecución dirige

---

[32] Así en líneas generales tb. BGHSt 4, 1 ss. (5); más detenidamente Rudolphi, 1969, 181 ss.
[33] Acerca del sujeto que actúa por motivos de conciencia y por convicción, cfr. ya nm. 15.

sus pensamientos al éxito del hecho y no a su carácter prohibido. Un conocimiento así es sin embargo suficiente para la conciencia de la antijuridicidad. El problema es análogo al que ya fue tratado en relación con el conocimiento de las circunstancias del hecho (más detenidamente § 12, nm. 106 ss.). Se puede trasladar a la conciencia de la antijuridicidad la idea allí invocada de que el contenido de significado de los objetos de la percepción, acontecimientos y acciones, con tal de que estén suficientemente interiorizados, son "coconocidos" [34], de modo que el sujeto está "orientado" sobre ellos en el momento de su acción [35]. Quien en nuestro círculo cultural ha aprendido en la primera juventud que hurtar y robar está prohibido, cuando se decida a realizar tales hechos, pensará a la vez forzosamente, sin reflexión alguna, en el carácter prohibido de su hecho. En la misma escasa medida en que las impresiones sensoriales se pueden abstraer de su significado, se puede separar de las acciones humanas de esa índole su valoración éticosocial [36].

27 No obstante, no es que todas las percepciones normativas que a uno le han enseñado alguna vez estén presentes siempre y a la larga. Quien ha olvidado la referencia a la antijuridicidad de una conducta actúa en error de prohibición aun cuando su saber fuera actualizable mediante reflexión. La coconsciencia del injusto se diferencia de la falta de conciencia de la antijuridicidad aunque con posibilidad de adquirirla en que produce efectos en las percepciones actuales de la acción. Así, un ladrón toma precauciones para no ser descubierto y atrapado (p.ej. se mueve sin hacer ruido y con cautela), aun sin reflexionar sobre la prohibición; la conciencia de la antijuridicidad influye en su conducta, aun cuando no piense en la prohibición. En cambio, quien ha olvidado una prohibición actúa despreocupadamente en el ámbito de ésta.

V. La conciencia eventual de la antijuridicidad

28 Existe conciencia eventual de la antijuridicidad cuando el sujeto no tiene clara la situación jurídica: p.ej. considera probable que su conducta esté permitida, pero cuenta también con la posibilidad de que esté prohibida. Tales casos se producen con no poca frecuencia cuando se trata de una de las numerosas cuestiones jurídicas discutidas o cuando v.gr. alguien no sabe si una determinada medida defensiva (¡el disparo sobre el ladrón que huye!) está aún amparado por su derecho de legítima defensa o no. La jurispr. y una opinión extendida parten de la base de que en un caso así no existe un error

[34] Acerca de la coconciencia sobre todo Platzgummer, 1964, con apoyo en la Psicología de la percepción de Rohracher.
[35] Al respecto sobre todo Schewe, 1967, sobre la base de doctrinas psicológicas de la forma (de la Gestalt).
[36] Roxin, ZStW 78 (1966), 257.

de prohibición y en consecuencia se ha de imponer la pena completa correspondiente al dolo [36a]. Así, el BGH afirma [37]: "Quien posee la representación de que posiblemente comete algo injusto y asume esa posibilidad en su voluntad posee conciencia de la antijuridicidad." "En un caso en que el sujeto tuvo dudas sobre el carácter permitido de su hecho no pueden encontrar aplicación los principios del error de prohibición" [38]. A ello subyace la idea de que la conciencia de obrar posiblemente de modo injusto debería mover ya al sujeto a abstenerse de su conducta.

Sin embargo este tipo de casos requiere una valoración diferenciadora [39]. **29**
Sólo es correcto sin restricciones el punto de vista de la jurispr. cuando el sujeto tiene la posibilidad de desvanecer sus dudas sobre el injusto. Quien p.ej. no sabe si es lícito grabar en una cinta magnetofónica sin que lo sepa el interlocutor una conversación planeada debe consultar un comentario al StGB o a un abogado. Si no lo hace, no puede reclamar un derecho a la atenuación de la pena o incluso a la exención de la pena si su conducta resulta punible.

Por otro lado, existe hoy acuerdo en lo esencial sobre que en caso de dudas **30**
irresolubles sobre el injusto ha de ser posible una exención de pena al menos cuando el sujeto sólo puede elegir entre dos modos de conducta que considera posiblemente punibles [40]. P.ej. un policía no sabe si puede o debe impedir la huida de un delincuente al extranjero mediante un disparo [41]. Si dispara, se teme un castigo por lesiones (§ 223 a); si no dispara, cuenta con una punibilidad por un delito de favorecimiento personal o frustración de la pena cometido por funcionario (§ 258 a). O alguien no tiene claro —a consecuencia de sentencias contradictorias de OLG— si está ordenado o prohibido bajo pena, en una determinada situación del tráfico, el situarse en el centro de la carretera. En tales casos se habrá de exigir que el sujeto —en cuanto sea posible dentro de las prisas— lleve a cabo una ponderación en la que se habrán de tener en cuenta sobre todo el valor de los bienes jurídicos en conflicto y la probabilidad de que uno de los posibles modos de conducta sea el conforme a Derecho. Si a pesar de todo elige la alternativa equivocada, su impunidad

---

[36a] Una exposición exhaustiva de las teorías acerca de la delimitación entre conciencia de la antijuridicidad y error de prohibición se encuentra en Dimakis, 1992, 25 ss.

[37] BGH JR 1952, 285; según BGHSt 4, 4, "se da la conciencia de la antijuridicidad" cuando el sujeto cuenta con que "su conducta pudiera estar prohibida y" asume "la posibilidad en su voluntad".

[38] BGH MDR (en Herlan) 1955, 528. Crít. acerca de la "teoría de la voluntad" de la jurispr. Dimakis, 1992, 55 ss.

[39] Cfr. Roxin, 1987, 85 ss.; igualmente Dimakis, 1992, quien distingue entre la duda en una situación jurídica clara (conciencia eventual de la antijuridicidad "propia") y la duda en una situación jurídica objetivamente discutida (conciencia eventual de la antijuridicidad "impropia").

[40] Cfr. sobre ello simplemente Arm. Kaufmann, 1954, 221; Rudolphi, 1969, 139.

[41] Este ejemplo y el siguiente en Warda, Welzel-FS, 1974, 508 ss.

se deriva inmediatamente del principio de culpabilidad, porque el sujeto no pudo actuar sino con conciencia eventual de la antijuridicidad, de modo que no se le puede hacer tampoco un reproche por su conducta. El caso debería tratarse por analogía con el § 17 como un error de prohibición invencible.

31 Más difícil resultará la valoración cuando el sujeto, en caso de dudas irresolubles sobre el injusto, no se halle ante una alternativa en la que cualquier conducta sea posiblemente antijurídica. P.ej. alguien obtiene sus ingresos principales de la venta de una determinada mercancía. Al producirse una modificación legislativa resulta dudoso si la venta de esa mercancía sigue siendo desde entonces lícita o si no será por el contrario punible. La op. dom. se pronuncia a favor de la licitud, y una opinión minoritaria en contra [42]. La jurispr. y la opinión mayoritaria en la doctrina científica [43] exigen aquí del comerciante que omita preventivamente la venta de la mercancía. Si el sujeto, en coincidencia con la mayoría de los expertos, continúa vendiendo su mercancía hasta que se produzca una clarificación judicial de la situación y la jurispr. se decide finalmente en contra de la licitud, ha de ser castigado con el marco penal completo correspondiente al dolo sin posibilidad de atenuación. Pero ésta no es una solución adecuada, pues si el sujeto hubiera confiado sin más en la opinión jurídica dominante y no se hubiera enterado de la opinión minoritaria, se hallaría en un error de prohibición como mínimo atenuante de la pena, y quizá incluso excluyente de la culpabilidad. ¿Por qué se le ha de denegar cualquier atenuación de la pena cuando fue más escrupuloso e incluso consideró la posibilidad de otra opinión jurídica?

32 Se podría fundamentar lo anterior señalando que —de modo similar a cuando se privilegia la negligencia o ligereza frente al *dolus eventualis*— el sujeto, al tener en cuenta la posibilidad de comportamiento antijurídico, fue consciente de todos modos de una eventualidad que le debería haber inducido a abstenerse de la venta. Pero a ello se oponen dos aspectos que no tienen paralelo en el debate acerca del merecimiento de pena del *dolus eventualis* y la imprudencia consciente. Efectivamente, en primer lugar, la punición completa de un sujeto que consideró probablemente conforme a Derecho su conducta significaría para el ciudadano que no se quiere exponer al riesgo de ser castigado una restricción importante de su espacio de libertad: debería omitir no sólo aquello que puede reconocer como antijurídico, sino todo aquello cuya antijuridicidad sea sostenida por alguien, sin que la propia persona que actúa tenga la posibilidad de convencerse de ello. La libertad de acción del individuo no se delimitaría ya, en los supuestos de cuestiones jurídicas dudosas y de momento no esclarecibles con seguridad, por la ley, sino por la opinión jurídica desfavorable a él en cada caso. Y, en segundo lugar, la equiparación de la

---

[42] Ejemplo en Warda, Welzel-FS, 1974, 506 s.
[43] Cfr. simplemente Arm. Kaufmann, 1954, 221; Rudolphi, 1969, 136 ss.; Jescheck, AT[4], § 41 I 3 b.

duda irresoluble sobre el injusto a un error de prohibición no tendría como consecuencia necesariamente la absolución o una drástica rebaja de la pena, como en el supuesto del paso del reproche por dolo al reproche por imprudencia, sino que sólo abriría la posibilidad políticocriminalmente deseable en todo caso de conciliar la punibilidad de quien actúa en la situación concreta con el principio de culpabilidad.

Por tanto habrá que enjuiciar, con una opinión creciente [44], la conciencia eventual de la antijuridicidad en caso de dudas irresolubles sobre el injusto no como caso de plena conciencia de la antijuridicidad punible sin restricciones, sino por analogía con el § 17 [45]. Ahora bien, en la respuesta a la cuestión de en qué medida es disculpable un error así sólo será posible atenerse parcialmente a los parámetros que rigen para la falta plena de conciencia de la antijuridicidad. Cuando un error de prohibición sería invencible, habrá que disculpar también al superprecavido que a pesar de todo tiene dudas sobre el injusto. Por otro lado, cuando un error de prohibición no provocaría una atenuación de la pena, con menor razón puede hacerlo la conciencia eventual de la antijuridicidad (tampoco puede existir entonces una duda irresoluble sobre el injusto). En el terreno intermedio no será posible atender únicamente a en qué medida se ha de considerar disculpable un error de prohibición, sino que, en caso de dudas sobre el injusto, será decisivo además el que el sujeto considere probable la conformidad a Derecho del proceder planeado, qué intereses están en juego para el que actúa y qué perjuicios le acarrearía el esperar [46]. Quien puede aplazar sin perjuicios sustanciales una conducta antijurídica hasta que el BGH haya decidido la cuestión jurídica discutida no puede exigir, cuando además las dudas sobre el injusto sean relativamente pequeñas, una exculpación completa o una atenuación sustancial; cosa distinta sucede cuando, como en el ejemplo de partida (nm. 31), el seguir esperando pondría en peligro la base económica de la existencia. La gravedad del perjuicio que alguien causa en caso de dudas sobre la conformidad a Derecho de su conducta tampoco puede dejar de tenerse en cuenta. De quien p.ej. no sabe dónde se hallan los límites del derecho de legítima defensa y que tampoco puede aclararlo en la situación concreta se ha de esperar que deje escapar al ladrón antes 33

[44] Paeffgen, JZ 1978, 745 s.; Stratenwerth, AT[3], nm. 586; Jakobs, AT[2], 19/30; no está muy claro si estos autores pretenden limitar la aplicación analógica del error de prohibición, con la opinión aquí defendida, a la duda irresoluble sobre el injusto. Otros atienden a la exigibilidad, sin referencia legal (así ahora Sch/Sch/Cramer[24], § 17, nm. 21; algo diferente loc. cit., nm. 5; SK[5]-Rudolphi, § 17, nm. 13; Neumann, JuS 1993, 796), o recurren directamente a la reprochabilidad (Warda, Welzel-FS, 1974, 508 ss.).

[45] Parece como si la jurispr. hubiera resuelto hasta ahora el problema a su manera, sencillamente suponiendo o dando por probado un error de prohibición en los casos de duda sobre el injusto que merecen una valoración más benigna; cfr. al respecto con referencias más detenidas Warda, Welzel-FS, 1974, 512 ss.

[46] Cfr. Stratenwerth, AT[3], nm. 586.

que herirlo gravemente. Los problemas particulares de la exclusión de la culpabilidad o de la atenuación de la culpabilidad en caso de conciencia eventual de la antijuridicidad están aún pendientes de un estudio más detenido.

VI. La vencibilidad del error de prohibición [47]

1. La vencibilidad del error de prohibición como presupuesto de la actuación culpable

34 La regulación del § 17 inc. 1, según la cual el error de prohibición invencible excluye la culpabilidad, se deriva inmediatamente del principio de culpabilidad. Pues, cuando alguien no tiene la posibilidad de acceder al conocimiento del injusto, no es accesible para el mandato de la norma. Entonces en la situación concreta no es "asequible normativamente"; falta la culpabilidad que consiste en la actuación a pesar de existir asequibilidad normativa (cfr. § 19, nm. 34 ss.). De ello se deriva que en el error de prohibición la culpabilidad consiste únicamente en la posibilidad de acceder al conocimiento del injusto, y no v.gr. en la infracción, independiente de lo anterior, de un deber de extender o poner en tensión la conciencia (hacer un esfuerzo de conciencia) o de informarse [48].

35 La suposición de un deber especial de la citada índole [49] conduce a la conclusión errónea de que su infracción fundamenta *eo ipso* la vencibilidad del error de prohibición. Así se dice en BGHSt 21, 21 [50]: "Si el sujeto omitió de manera contraria a deber informarse como le era exigible, ha provocado así culpablemente el error de prohibición, siendo indiferente qué información habría obtenido." Pero eso es incorrecto y supone una vulneración del principio de culpabilidad. Cuando p.ej. alguien ha actuado sin informarse de nada en la creencia en la conformidad a Derecho de su conducta y tiene de su lado a la jurispr. que él desconoce, se ha de considerar invencible su error de prohibición, en caso de que la jurispr. cambie posteriormente de opinión; pues tampoco una información completa le habría podido dar motivo para otra conducta. Sin duda en muchos casos la recogida de informaciones jurídicas puede ser un medio para acceder al conocimiento de la prohibición, pero no

---

[47] El tema es tratado exhaustivamente por Donatsch, SchwZStr 102 (1985), 25 ss., con argumentaciones que se refieren en primer término al Derecho suizo, pero que tb. son aplicables al Derecho alemán.

[48] Sobre ello fundamental Arm. Kaufmann, 1959, 144 ss.; idem, Eb. Schmidt-FS, 1961, 329 s.; Rudolphi, 1969, 196 ss.; Horn, 1969, 60 ss.

[49] P.ej. en BGHSt 2, 209; 4, 5; 21, 20.

[50] En esta línea se mueve sobre todo tb. la jurispr. del BayObLG: NJW 1960, 504, 1320; 1965, 1926. Acertadamente ahora BayObLG JR 1989, 386, con com. de Rudolphi; más detenidamente acerca de esta sentencia tb. Zaczyk, JuS 1990, 889.

lo es siempre y no es su omisión, sino la capacidad de acceder al conocimiento de la prohibición, lo que convierte al hecho en culpable.

Además, el establecimiento de un "deber" general de adquirir conocimientos jurídicos sugiere la suposición errónea de que la culpabilidad se ha de determinar conforme a parámetros objetivos y no según las capacidades individuales del sujeto [51]. Así p.ej. para la vencibilidad de la infracción de los preceptos de la ley del vino "lo decisivo sería si un viticultor cuidadoso... habría podido conocer... la contrariedad a la prohibición" [52]. Pero naturalmente sólo puede ser decisivo lo que el viticultor acusado en el caso concreto habría podido conocer. 36

2. La disculpabilidad del error como caso de exclusión de la responsabilidad jurídicopenal

No se debe sin embargo entender la vencibilidad de que habla el § 17 como si sólo la imposibilidad absoluta de acceder al conocimiento del injusto pudiera excluir la punibilidad. En tal caso no podrían darse apenas errores de prohibición invencibles, pues, dado que la cognoscibilidad objetiva de una prohibición o mandato jurídicos está asegurada por el principio de determinación (art. 103 II GG), teóricamente se puede vencer cualquier error de prohibición incluso cuando faltan todos los medios propios de conocimiento, informándose hasta que salgan a la luz las razones que se oponen a la conformidad a Derecho de una conducta. Pero unas exigencias tan exageradas entorpecerían la vida social y no se corresponden tampoco por lo demás con los esfuerzos que la ley espera. Quien actúa en estado de necesidad disculpante (§ 25) o en exceso en la legítima defensa (§ 33) se "puede" aún —aunque con dificultades— motivar conforme a la norma (de lo contrario existe un caso del § 20); pero el legislador se muestra indulgente y excluye la responsabilidad, en tanto necesidades preventivas no exijan imperiosamente una sanción (cfr. más detenidamente § 22, nm. 11 s., 69). Así también en el error de prohibición se habrá de dar ya paso a la impunidad cuando el sujeto haya satisfecho las pretensiones de fidelidad normal al Derecho. Si sólo con esfuerzos extremos habría podido alcanzar indicios de la antijuridicidad de su conducta —lo que, como se ha dicho, casi siempre se ha de afirmar—, todavía existe una (pequeña) culpabilidad; pero, como tales esfuerzos ya no son exigibles, se "disculpa" al sujeto, o más exactamente: se excluye la responsabilidad jurídicopenal. 37

El concepto de "vencibilidad (o evitabilidad)" empleado por el legislador sugiere la suposición incorrecta de que lo decisivo sería lo que es posible hasta el último extremo. A ello obedece también el que "absoluciones en virtud de un error de prohibición invencible" constituyan "en la práctica una rara ex- 38

[51] Sobre esto Rudolphi, 1969, 197 s.
[52] BGHSt 9, 164 ss. (172).

cepción" [53]. De ese modo se sobrecarga el Derecho penal. Si se piensa que la durante largo tiempo predominante teoría del dolo, que conduce en muchos casos a resultados satisfactorios, vincula la aplicabilidad del marco penal del delito doloso (y por regla general la punibilidad) a la conciencia de la antijuridicidad, una teoría de la culpabilidad no limitada a lo preventivamente imprescindible lleva al infinito la punibilidad del sujeto que actúa en error de prohibición y conduce en gran medida de vuelta a la máxima *"error iuris nocet"*, cuyo carácter insostenible se reconoce hoy con carácter general. Por eso hay que excluir ya la responsabilidad jurídicopenal cuando el sujeto, como se dice en el art. 20 del StGB suizo, "supuso, por razones suficientes, que estaba autorizado al hecho". Las razones son suficientes en el sentido de la "fidelidad normal al Derecho" exigida en el nm. 37 cuando una absolución por la disposición subjetiva del sujeto a observar el Derecho sea tolerable sin conmoción de la conciencia jurídica general [54]. Cuándo se puede decir eso se expondrá más detenidamente a continuación (nm. 50 ss.).

39 Por tanto, en sentido jurídico un error de prohibición no sólo es invencible cuando la formación de dudas era materialmente imposible, sino también cuando el sujeto poseía razones sensatas para suponer el carácter permitido de su hecho, de modo que la actitud hacia el Derecho que se manifiesta en su error no precisa de sanción. En su punto de partida esta idea no es extraña tampoco a la jurispr., cuando la misma propugna graduar la magnitud del esfuerzo que hay que aplicar para conocer la prohibición "según las circunstancias del caso y según el sector vital y laboral del individuo" (BGHSt 2, 201; 20, 20). Sólo que deberían extraerse también las consecuencias prácticas de este parecer.

40 Con dicha teoría "más flexible o suavizada" de la culpabilidad se pueden superar también los inconvenientes, a menudo criticados, que comporta su extensión legal al Derecho penal especial o accesorio (art. 1 I EGStGB) y al Derecho de contravenciones (§ 11 II OWiG) [55]. Aquí se ha propugnado a menudo la aplicación de la teoría del dolo [56], porque ninguna persona puede estar al corriente en este terreno inabarcable, sometido a modificación constante y poco fundado éticosocialmente, de modo que un error es en muchos casos excusable y no hace necesario un castigo. Dado que el legislador no ha seguido

---

[53] Rudolphi, 1982, 26.

[54] Cfr. al respecto Roxin, Henkel-FS, 1974, 187 s. [= Problemas básicos, 1976, 216 s.; N. del T.]; idem, Bockelmann-FS, 1979, 289 s. [= Culpabilidad y prevención, 1981, 161 ss.; N. del T.]; Maurach/Zipf, AT/1^8, 38/37 ss.; Rudolphi, 1982, 26. Muy similar tb. Jakobs, AT^2, 19/35 ss.: "Todo el ámbito del § 17 StGB sigue las reglas de la exigibilidad" (19/37); la punibilidad del sujeto se habría de determinar dependiendo de "si de su conducta resulta patente o no un reconocimiento insuficiente del Derecho positivo" (19/38). En este sentido además Timpe, GA 1984, 51 ss.

[55] Acerca del Derecho de contravenciones, en polémica con OLG Düsseldorf, NStZ 1984 444, J. Meyer, JuS 1983, 513.

[56] Cfr. sólo Lange, JZ 1956, 73 ss.; idem, JZ 1956, 514 ss.; idem, JZ 1957, 233 ss.; Tiedemann, ZStW 81 (1969), 869 ss.

estas sugerencias, el problema se habrá de solucionar averiguando mediante interpretación de los preceptos concretos cuándo un error de prohibición elimina la responsabilidad jurídicopenal o la disminuye tanto que deba excluirse la aplicación del marco penal correspondiente al dolo [57].

41 En ocasiones un precepto permite advertir que se ha de aplicar la amenaza penal correspondiente a la imprudencia a errores de prohibición. El legislador puede incluso limitar la punibilidad en el caso concreto a la infracción consciente de determinadas prohibiciones o mandatos [58], en cuyo caso cualquier error de prohibición —también el provocado culpablemente— se ha de considerar excluyente de la responsabilidad. En la consecuencia final ello desemboca, en tales tipos situados fuera del ámbito nuclear del Derecho penal, en la teoría del dolo; ésta debe entonces formularse en la terminología de una teoría flexible de la culpabilidad de tal modo que tales errores no excluyan el dolo, pero sí la punición a partir del marco penal correspondiente al dolo o la responsabilidad en general. No obstante esto no rige en ningún modo con carácter general para el Derecho penal especial o accesorio; quien p.ej. no se pone al corriente de los preceptos centrales para el ejercicio de su profesión está sujeto por regla general a la pena correspondiente al dolo, que únicamente ha de ser atenuada conforme al § 49.

42 Todo esto demuestra que la distinción entre culpabilidad y responsabilidad (más detenidamente § 19, nm. 1-7) adquiere gran importancia en el error de prohibición. Un error de prohibición puede excluir la responsabilidad incluso cuando exista culpabilidad (disminuida), y considerarse invencible en sentido jurídico cuando una renuncia al castigo sea compatible con las funciones preventivas del Derecho penal. Por ello es improcedente oponer el error de prohibición como pretendida pura "causa de exclusión de la culpabilidad" a las "causas de exculpación" de los §§ 35 y 33 (más detenidamente § 19, nm. 48 s.).

43 Igualmente erróneo resulta establecer para la invencibilidad de un error de prohibición exigencias incluso más estrictas que para la exclusión de la imprudencia [59]. La jurispr. lo hace, "porque con la tipicidad de una conducta se da por regla general su antijuridicidad y ello es generalmente conocido" (BGHSt 4, 243). Pero ésta no es una fundamentación plausible, pues cuando, como sucede en muchos preceptos del Derecho penal nuclear, la conciencia de la antijuridicidad se impone directamente con el conocimiento de las circunstancias del hecho, no son precisos parámetros más estrictos (y desde luego en absoluto más estrictos que en la imprudencia) para que un error de

---

[57] En este sentido tb. Jescheck, AT[4], § 41 II 2 c.
[58] Así ya Welzel, StrafR[11], 174 s. [= PG, 1987, 243 s.; N. del T.].
[59] Así sin embargo BGHSt 4, 243; 21, 20; VRS 14 (1958), 31; Maurach/Zipf, AT/1[8], 38/34. En contra, con razón, v.gr. Jescheck, AT[4], § 41 II 2 b; SK[5]-Rudolphi, § 17, nm. 30 a; LK[10]-Schroeder, § 17, nm. 27; Jakobs, AT[2], 19/38; Lackner[20], § 17, nm. 7; Zaczyk, JuS 1990, 893.

prohibición pueda aparecer como vencible. Pero cuando el dolo típico, como a menudo sucede en el Derecho penal especial o accesorio, no sugiere sin más la conclusión de que existe antijuridicidad, es más oportuna, como se ha explicado, la indulgencia que la criminalización rigurosa. También los medios para evitar la imprudencia de hecho son la mayoría de las veces distintos de los que sirven para acceder al conocimiento de la prohibición, de modo que tiene poco sentido clasificar los esfuerzos requeridos respectivamente en cada caso como mayores o menores.

3. Los medios para acceder al conocimiento de la antijuridicidad

44 El BGH había exigido originariamente para la evitación de errores de prohibición una constante "extensión de la conciencia (esfuerzo de conciencia)". Un error de prohibición sería invencible cuando el sujeto, "pese a la... extensión de la conciencia que le es exigible, no pudo alcanzar la comprensión de la no conformidad a Derecho de su hecho" (BGHSt 2, 201). Sin embargo, esta idea no sirve de mucho, pues la conciencia puede llevar a quien actúa, como mucho (y en el sujeto que actúa por motivos de conciencia ni siquiera esto), al conocimiento de la inmoralidad de su conducta, que precisamente no es el objeto de la conciencia de la antijuridicidad (cfr. nm. 12). El tener mala conciencia debería suponer sin duda una incitación a seguir tratando de aclarar la conformidad a Derecho de la propia conducta, de modo que en esa medida la exigencia de una "extensión de la conciencia" puede tener sentido (sin perjuicio de la duda de si la conciencia se puede "extender" a voluntad). Pero la mayor parte de los errores de prohibición son de tal índole que la conciencia no puede contribuir para nada en su evitación. "La conciencia no dice... nada en absoluto acerca de las cuestiones jurídicas difíciles; de lo contrario, sería superfluo el estudio del Derecho" [60]. Frente a ello, los medios adecuados para la evitación de errores de prohibición son, como mencionó ya BGHSt 2, 201 (en curiosa mezcla con la extensión de la conciencia) y expuso después con mayor claridad BGHSt 4, 5, "la reflexión o la información". En qué medida deben emplearse estos medios se expone más detenidamente en los nm. 60 ss.

4. ¿La vencibilidad del error de prohibición como culpabilidad por el hecho o culpabilidad de autor?

45 En muchos casos un error de prohibición está configurado de tal modo que la vencibilidad se da todavía en el momento del hecho. El padre que maltrata gravemente a su hijo y piensa que puede hacerlo como titular del derecho a su educación podría, con un poco de cuidado, percatarse de su error incluso en el momento de la comisión del hecho. Quien, suponiendo que no hace nada prohibido, entrega una declaración tributaria incompleta e infringe con ello

[60] Baumann/Weber, AT^{9}, § 27 II 3 e.

preceptos jurídicotributarios, aún tendría durante la confección de la declaración tributaria ocasión de consultar a un asesor fiscal. La culpabilidad derivada de la vencibilidad del error de prohibición existe con frecuencia por tanto durante la comisión del hecho y está fuera de duda como culpabilidad por el hecho.

Sin embargo es discutible si en otros casos, para fundamentar la vencibilidad de un error de prohibición, no se ha de recurrir a una provocación culpable anterior a la comisión del hecho y si con ello se entra en el ámbito problemático desde la perspectiva del Estado de Derecho de la culpabilidad de autor o por la conducción de la vida (cfr. § 19, nm. 54 s.). El BGH lo considera necesario y lícito en los casos de hostilidad al Derecho: "El delincuente habitual insensibilizado ha perdido mediante una conducción punible de la vida la asequibilidad y por tanto la capacidad de acceder al conocimiento de la antijuridicidad mediante la extensión de la conciencia (esfuerzo de conciencia). Su culpabilidad es culpabilidad por la conducción de la vida" (BGHSt 2, 208 s.). Eso sería objetable desde la perspectiva del Estado de Derecho (cfr. § 19, nm. 54 s.). Pero en verdad este caso supone una construcción ajena a la realidad. Los "delincuentes habituales insensibilizados", que supuestamente en el momento del hecho son incapaces de acceder a un conocimiento de la antijuridicidad, deberían entonces, con una buena fe sin escrúpulos, ejecutar sus delitos a los ojos del público y no pensárselo en absoluto. Sin embargo, los delincuentes habituales no se hallan en absoluto en error de prohibición al ejecutar sus hechos. De lo contrario no procederían sigilosamente y no intentarían escapar a las instancias encargadas de la persecución penal. **46**

Pese a todo, existe el caso de la previa provocación culpable en el error de prohibición. El más importante en la práctica consiste en la constelación en que un sujeto ha omitido anteriormente adquirir conocimientos jurídicos especiales que ya no se pueden alcanzar en la situación del hecho. Quien toma parte en el tráfico debe aprender las reglas de la circulación. Si no lo hace, con frecuencia un error de prohibición ya no es vencible en la concreta situación del tráfico. Lo mismo rige para el ejercicio de profesiones en que hay que observar determinados preceptos, cuya infracción acarrea una pena. Quien omite informarse a tiempo sobre estos preceptos a menudo no tiene ya posibilidad de repararlo en el momento de la comisión del hecho. Si se considera, como resulta adecuado, vencibles tales errores de prohibición y se quiere penar al sujeto, se ha de recurrir aquí por tanto a las anteriores omisiones. **47**

Pero ahí no se está atendiendo a una culpabilidad por la conducción de la vida, pues el fundamento del reproche de culpabilidad no es la conducción general de la vida ni la evolución del carácter del sujeto, sino concretas infracciones del cuidado que harían esperar desde un principio infracciones jurídicas de la índole de las posteriormente producidas. Se trata aquí de algo paralelo a **48**

la "provocación culpable por emprendimiento o asunción" en la imprudencia de hecho. Así, del mismo modo que el reproche de imprudencia contra un conductor que en el momento del hecho no podía evitar el choque por ser corto de vista se puede fundamentar sin dificultad en que se puso al volante sin gafas, la "imprudencia de Derecho" que se encierra en el error de prohibición vencible se puede vincular a infracciones previas del cuidado especificables en concreto [61]. No se abandona el terreno de la culpabilidad por el hecho, cuando la misma se apoya en faltas de cuidado claramente delimitables que son temporalmente previas a la acción inmediatamente productora del resultado, pero que permitían suponer desde un principio que ésta tendría lugar.

49 No se debe recurrir en cambio a una auténtica culpabilidad por la conducción de la vida para fundamentar la vencibilidad de un error de prohibición. Cuando alguien no podía advertir el injusto de su conducta en la situación del hecho, no se puede por tanto apreciar una vencibilidad del error de prohibición v.gr. con la fundamentación de que el sujeto se debería haber educado para ser un persona más rica en conocimientos y sensibilidad jurídicos. Tampoco cuando p.ej. alguien no podía acceder al conocimiento de la antijuridicidad en el momento del hecho debido a un estado pasional se puede basar una vencibilidad del error de prohibición en que el sujeto ha omitido en su juventud aprender el necesario dominio de sí mismo. Por el contrario, el error es vencible sólo cuando se le pueda reprochar al sujeto, en caso de que el estado pasional desencadenante del hecho surja en un momento determinado en que todavía existía la conciencia de la antijuridicidad en relación con la conducta posterior, el no haberse vuelto atrás, sino haber seguido enfrascándose en el estado pasional (cfr. sobre el problema paralelo del estado pasional excluyente de la culpabilidad en el momento del hecho exhaustivamente § 20, nm. 14 ss.).

5. Los presupuestos de la vencibilidad en particular

50 Los medios para evitar un error de prohibición son reflexión e información (cfr. nm. 44). Un error de prohibición de quien no ha puesto o no ha agotado estos medios no es en modo alguno *eo ipso* vencible (cfr. nm. 34), sino que la vencibilidad depende de tres presupuestos o requisitos que se basan uno en otro: el sujeto tiene que haber tenido un motivo para reflexionar sobre una posible antijuridicidad de su conducta o para informarse al respecto (sobre esto, a continuación a). Cuando exista un motivo, el sujeto o bien no debe haber emprendido ningún tipo de esfuerzos para cerciorarse o bien estos esfuerzos deben haber sido tan insuficientes que sería indefendible por razones preventivas una exclusión de la responsabilidad (a continuación b). Cuando

[61] En contra de esta solución Stratenwerth, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 489, n. 17, quien, en lugar de a ésta, recurre a su concepción general de la previa provocación culpable (al respecto § 19, nm. 55, n. 102).

el sujeto, pese a existir un motivo, se ha esforzado en pequeña medida por conocer el Derecho, su error de prohibición es sin embargo vencible solamente cuando unos esfuerzos suficientes le habrían llevado a percatarse de la antijuridicidad (a continuación c).

a) El "motivo" para cerciorarse

Ya en este punto difieren ampliamente las opiniones. En opinión del BGH la persona debe examinar previamente la conformidad a Derecho de absolutamente todas las acciones. Tendría "que tomar conciencia, en todo lo que esté a punto de hacer, de si es acorde con las normas del deber jurídico" (BGHSt 2, 201). Pero ésta es una exigencia poco realista. La vida social habría de detenerse si cada persona hubiera de realizar primero reflexiones jurídicas antes de dar cualquier paso. Además es incorrecto el punto de partida de que en un ordenamiento jurídico liberal cualquier conducta podría estar eventualmente prohibida. La pretensión rigorista del BGH provoca directamente, por ser imposible de cumplir, su inobservancia, de modo que posiblemente no se produce el hecho de cerciorarse tampoco allí donde realmente sería necesario. **51**

La posición contraria extrema es la defendida por Horn [62]. Para él rige lo siguiente: "Quien no tiene como mínimo la conciencia actual de que su acción posiblemente esté prohibida de algún modo es incapaz de informarse de la norma específica reguladora de su acción." Se precisaría "al menos de la duda inespecífica para que exista motivo para emprender acciones de información sobre la norma". Pero esto va demasiado lejos por el lado contrario, pues en caso de dudas sobre el injusto existe ya una conciencia eventual de la antijuridicidad, que en la mayoría de los casos ni siquiera fundamenta un error de prohibición (más detenidamente nm. 28 ss.). Si se considerara invencible cualquier error en el que el sujeto no ha tenido dudas sobre el injusto, ello desembocaría en definitiva en gran medida en la teoría del dolo y además ni siquiera permitiría la punición por imprudencia que ésta concede. Además, la tesis de Horn no es materialmente convincente. La capacidad de examinar la situación jurídica no la posee tan sólo quien duda de la conformidad a Derecho de su actuación, sino también p.ej. quien sólo sabe que se halla en un sector de la vida regulado jurídicamente por normas específicas o quien es consciente de que perjudica a otro. **52**

De ese modo queda ya preparada la solución aquí defendida. La misma transcurre entre los extremos y aprecia un motivo para examinar la situación jurídica básicamente sólo en tres grupos de casos [63]: cuando al propio sujeto espontáneamente o por indicaciones de terceros, propia reflexión o por lecturas especializadas, le han surgido dudas; cuando el sujeto no tiene dudas, pero **53**

[62] Horn, 1969, 195; le sigue Zaczyk, JuS 1990, 893.
[63] Similar SK[5]-Rudolphi, § 17, nm. 31; Stratenwerth, AT[3], nm. 585 ss.

sabe que se mueve en un sector que está sujeto en particular a regulación jurídica específica; y cuando el sujeto es consciente de que su conducta perjudica a particulares o a la colectividad.

54 El primer caso es el de la duda sobre el injusto (sobre la antijuridicidad de la conducta), el único que Horn pretende admitir. Cuando el sujeto no convierte las dudas en motivo de ulteriores indagaciones, no existirá por regla general un error de prohibición vencible, sino un caso de conciencia eventual de la antijuridicidad, al que no obstante se han de aplicar analógicamente las reglas del error de prohibición, a condición de que sea irresoluble (cfr. nm. 28 ss.). Sólo existe aquí un auténtico error de prohibición cuando el sujeto reprime y no se toma en serio sus dudas sobre el injusto, de modo que confía negligentemente en la conformidad a Derecho de su conducta [64]. Tal error es —si concurren los dos presupuestos o requisitos restantes— vencible.

55 También es vencible por regla general un error de prohibición cuando el sujeto no se esfuerza en alcanzar los conocimientos jurídicos necesarios, pese a que sabe que el sector en el que pretende actuar está sujeto a una normación jurídica específica (cfr. nm. 47 s.). Quien abre un banco o una tienda de comestibles, quien pretende explotar un negocio de hostelería o conducir un camión por la carretera sabe que para el ejercicio de estas actividades existen preceptos jurídicos que tienen el objeto de excluir en la medida de lo posible los peligros inherentes a las mismas. Simplemente el saber esto ha de suponer para él ya un motivo para preocuparse por los preceptos jurídicos vigentes en ese sector. Este es el terreno de errores de prohibición vencibles precisamente para el Derecho penal especial o accesorio, en el que en los demás casos es más disculpable un desconocimiento de la situación jurídica. Ello rige sobre todo para las distintas profesiones y oficios. No es necesario que el ciudadano conozca las normas en parte lejanas y muy específicas vigentes al respecto; pero quien trabaja en estos sectores ha de contar, en caso de infringir los preceptos correspondientes, con una punición por delito doloso, cuando no se ha puesto al corriente de ellos [65]. Sólo rige otra cosa allí donde la propia redacción de la ley permite advertir que establece menores exigencias (cfr. nm. 41).

[64] De este modo el error de prohibición se delimita de la conciencia eventual de la antijuridicidad del mismo modo que el *dolus eventualis* de la imprudencia consciente (cfr. § 12, nm. 21 ss.). No es absolutamente necesario emplear aquí el mismo parámetro delimitador (así sin embargo Rudolphi, 1969, 129 ss.). Así, Warda (Welzel-FS, 1974, 504 ss.) propugna que la representación de la posible antijuridicidad sea ya suficiente para negar un error de prohibición. Pero esto es demasiado estricto, pues la posibilidad teórica de que su conducta pudiera ser antijurídica estará presente con mucha frecuencia precisamente para la persona jurídicamente precavida. Ello no debería excluir un error de prohibición cuando el que actúa creyó poder rechazar esta posibilidad por no ser digna de tomarse en serio (así, en el resultado al que llega, tb. Rudolphi, loc. cit.).

[65] Más restrictivo Tiedemann, Tatbestandsfunktionen, 1969, 330, quien exige tb. en estos casos una "duda efectiva". Como aquí Jescheck, AT[4], § 41 II 2 c.

Finalmente, un error de prohibición es vencible cuando el sujeto es consciente de que perjudica a otros o a la colectividad. A menudo este presupuesto o requisito se formula diciendo que la infracción de "normas sociales elementales" o del "orden moral" [66] hace vencible un error de prohibición. Ello es correcto en cuanto que la conciencia de perjudicar gravemente suele incluir en sí misma la conciencia de la contrariedad éticosocial a valores. Pero el fijarse en el dolo de perjudicar responde de manera más precisa al supuesto de hecho, porque el injusto consiste en la lesión de bienes jurídicos, en el perjuicio o daño social, y no en una infracción moral separable de ellos. A quien p.ej. sabe que con una determinada conducta en el tráfico mercantil perjudica de manera sustancial los intereses jurídicos patrimoniales de otro, ello ha de motivarle a examinar su falta desde la perspectiva de los §§ 263 [estafa], 266 [gestión desleal] y otros preceptos del Derecho penal patrimonial. En el terreno del Derecho penal nuclear es poco frecuente un error de prohibición invencible, porque el conocimiento de las circunstancias del hecho la mayoría de las veces incluye aquí sin más el dolo de perjudicar. 56

Cuando no existe ninguno de los tres "motivos", se habrá de apreciar un error de prohibición invencible en favor del sujeto que no ha conocido el injusto de su conducta. Ello rige especialmente en el Derecho penal especial o accesorio, cuando la dañosidad social de una conducta no es reconocible sin más y el sujeto no sabe que el sector en que se mueve está regulado en particular por normas jurídicas específicas. También en las omisiones un error será frecuentemente invencible, cuando no se trate de deberes elementales o de deberes dentro del sector de actividad profesional propio [67]. Pero incluso quien mediante una conducta activa infringe preceptos del StGB puede ser exculpado en el caso concreto si no tuvo motivo para examinar la antijuridicidad de su conducta. 57

Así, el BGH (JR 1954, 188) decidió un caso en el que dos labradores habían mantenido repetidamente relaciones sexuales con una mujer enferma mental y esterilizada con asentimiento de ésta (§ 179, antiguo § 176 n.° 2). No se les había "ocurrido en absoluto... que las relaciones sexuales con la señora E pudieran estar prohibidas y castigadas". El BGH apoyó la apreciación de un error de prohibición invencible en que los sujetos estaban "poco desarrollados mental y moralmente", si bien eran completamente imputables. Pero ni siquiera eso será lo decisivo. Pues si los sujetos no tuvieron en modo alguno dudas (y como evidencian los hechos, incluso el alcalde consideraba permitida su conducta), si además creían moverse en un ámbito privado no regulado jurídicamente y, en vista del asentimiento de la mujer, tampoco tenían conciencia 58

---

[66] Stratenwerth, AT³, nm. 589; Jescheck, AT⁴, § 41 II 2 b.

[67] Así un miembro estricto creyente de una secta paquistaní puede actuar en error de prohibición invencible cuando se aparta de una mujer ebria escasamente vestida, en vez de prestarle el auxilio solicitado (LG Mannheim NJW 1990, 2212); el Derecho penal paquistaní no conoce el tipo de la omisión del deber de socorro.

de perjudicar, no existió para ellos ningún motivo para reflexionar sobre una posible antijuridicidad de su conducta. La conciencia de una "inmoralidad" (que apenas habrá existido y sobre la que también se podría discutir) es un criterio demasiado vago como para poder basar en él una pena criminal.

59 Tampoco es necesaria una pena cuando v.gr. alguien —como una gran parte de la población— no conoce el § 201 y registra con fines de prueba una conversación sostenida por él. Si al sujeto le falta la conciencia de que se aproxima así demasiado a la esfera de la personalidad del interlocutor, se debería disculpar su error de prohibición. Tales ejemplos se podrían multiplicar, de manera que, en caso de limitar la "vencibilidad" a los citados "motivos", también los errores de prohibición en el ámbito del StGB conducirían a absoluciones con mayor frecuencia de lo que ha sucedido hasta ahora en la práctica. Pero ello no es objetable, pues en sujetos de la clase descrita la disuasión y la instrucción son suficientes para preservarlos de repeticiones; dado que cualquier persona no instruida jurídicamente puede incurrir en tales errores, la paz jurídica tampoco sufriría por una renuncia a sancionar.

b) La medida necesaria de los esfuerzos por cerciorarse

60 Si existe un "motivo" en el sentido descrito, el ciudadano no instruido jurídicamente por regla general (cfr. sin embago nm. 64) deberá consultar a una persona versada en Derecho, en la mayoría de los casos a un abogado, para que su posible error de prohibición sea invencible. Pero esto es suficiente también [68], a no ser que el abogado recomiende de manera manifiestamente poco seria "maniobras burdas" para bordear la ley [69]. Sería ir demasiado lejos el exigir que quien busca consejo deba comprobar la habilidad general o los conocimientos técnicos específicos de un abogado. Le falta la competencia para ello. Por el contrario, el ciudadano debe poder partir de la base de que un abogado, que ha aprobado los exámenes requeridos, le puede dar un consejo jurídico del que se puede fiar. No es acertado por tanto el que BGHSt 21, 21, opine que el sujeto no se puede "sustraer a la decisión que le corresponde sobre lo conforme o lo contrario a Derecho, solicitando una opinión de un jurista"; normalmente un profano no está en condiciones de tomar tal "decisión personal". Una "información improvisada" determinada y clara de un abogado debe bastar también para hacer invencible un error de prohibición [70]; pues el ciudadano no puede juzgar si tal información se basa en la

[68] Op. dom.; en la jurispr. cfr. simplemente BGHSt 20, 372; OLG Hamburg NJW 1977, 1831 s.; AG Göttingen NJW 1983, 1209; AG Frankfurt NJW 1989, 1745. De otra opinión Kunz, GA 1983, 457 ss., según el cual ni siquiera el contar con "pericias de expertos" podría eliminar una conciencia eventual de la antijuridicidad.

[69] KG JR 1977, 379.

[70] De otra opinión Rudolphi, JR 1977, 381; como aquí LK[10]-Schroeder, § 17, nm. 42; cfr. además Wolter, JuS 1979, 482 ss.

especial competencia del abogado, la claridad de la situación jurídica o acaso en una negligente sobrevaloración de sí misma de la persona por él consultada. Tampoco es correcto que deba exigirse de los empresarios "un examen especialmente crítico" de las informaciones de los juristas de la casa [71], pues los propietarios de empresas se podrían ahorrar la contratación de juristas, si aún siempre hubieran de consultar adicionalmente a otros abogados. Además el jurista de la casa posee especiales conocimientos jurídicos en los negocios de su empresa y al que más perjudicaría sería a sí mismo, si pusiera en dificultades a su empresa a través de informaciones poco fiables.

Otra cosa sucede naturalmente cuando el propio abogado manifiesta dudas **61** o cuando, si bien se declara partidario de una opinión jurídica favorable a quien le pide la información, da cuenta sin embargo a éste de las opiniones en contra existentes en los tribunales, en la literatura científica o en instancias oficiales, o cuando el sujeto conoce tales opiniones discrepantes por otras fuentes [72]. Existe aquí la mayoría de las veces una duda sobre el injusto (al respecto nm. 28 ss.); un eventual error de prohibición es vencible cuando no suceda que por razones excepcionales sean inexigibles ulteriores indagaciones o una espera. Si el propio sujeto es abogado, no es preciso que consulte a un abogado de fuera cuando se trate de cuestiones jurídicas que se hallen en su ámbito laboral [73]; por supuesto no se puede fiar tampoco únicamente de su juicio, sino que debe revisar la jurispr. y la literatura científica.

Lo que rige para los abogados rige también para las informaciones de otras **62** personas o instituciones competentes en Derecho, como v.gr. de un catedrático de Derecho, de un juez o de una instancia oficial [74], a no ser que el carácter erróneo de una información sea fácilmente reconocible para un profano (BGHSt 2, 193). También la tolerancia de una conducta por una instancia oficial puede fundamentar ya un error de prohibición invencible (BGHSt 16, 270 s.), cuando la misma permite concluir que la instancia oficial juzga conforme a Derecho la conducta [75] (no así cuando visiblemente se trate de la mera tolerancia de un abuso). Cuando un sujeto se informa expresamente acerca del carácter permitido de su conducta en la Jefatura Superior de Policía, puede partir de la base de que la información es correcta y completa (BayObLG GA 1966, 182); su error de prohibición es por tanto invencible, si la policía le ha manifestado erróneamente que no existían reparos a su conducta. El interesado ha de poder fiarse igualmente de la opinión jurídica del Ministerio Fiscal,

---

[71] Así sin embargo KG JR 1978, 166 (168); al respecto D. Meyer, JuS 1979, 250 ss.; como aquí LK[10]-Schroeder, § 17, nm. 44; SK[5]-Rudolphi, § 17, nm. 40; AK-Neumann, § 17, nm. 72.

[72] Cfr. OLG-Stuttgart JR 1979, 294.

[73] Cfr. BGHSt 15, 332 ss. (341); BGH NJW 1962, 1832 s.

[74] Más detenidamente Rudolphi, 1969, 240 ss.; respecto de un presidente de tribunal cfr. BGHSt 5, 111 (118 s.).

[75] Cfr. AG Lübeck StrV 1989, 348, para el caso de una instancia oficial medioambiental.

cuando éste califica de no punible una conducta en un acuerdo de sobreseimiento (BayObLG NJW 1980, 1057 s.); pues no se puede exigir al ciudadano conocimientos jurídicos que ni siquiera el fiscal posee.

63 También se puede confiar en una jurispr. uniforme y, a falta de tal, en una opinión absolutamente mayoritaria. Por tanto, si un maestro se fió del reconocimiento por el BGH de un derecho de corrección (BGH JZ 1977, 655), si un médico, en la extracción de tejidos (¡§ 168 [profanación de cadáveres o sepulturas]!) que tiene lugar dentro de una autopsia, tiene de su lado la opinión jurídica de los abogados y del Colegio de médicos (KG NStZ 1990, 185) o si el socio de un sociedad de responsabilidad limitada partió de la op. dom. y de la opinión jurídica Ministerio Federal de Economía (BGH wistra 1982, 73, 75), existe un error de prohibición invencible. Si existe controversia en la jurispr. [76], entonces es posible atenerse a la resolución del tribunal de superior jerarquía [77], pues las resoluciones de los tribunales superiores carecerían de utilidad para el ciudadano si el mismo hubiera de contar con la posibilidad de una pena pese a observarlas. Por razones similares se debe considerar excluyente de la responsabilidad un error de prohibición cuando el sujeto se ha guiado por una jurispr. que declara permitida su conducta, aun cuando sepa que en la doctrina científica se defienden opiniones en parte discrepantes [78]. Es verdad que los tribunales en ningún modo tienen siempre razón frente a opiniones discrepantes, pero nuestra Constitución parte de la base de que las cuestiones jurídicas se deciden por los tribunales; ello se vería contradicho si un ciudadano cuidadoso hubiera de convertir en máxima de su actuación no la jurispr., sino la opinión doctrinal respectivamente desfavorable a él. También es invencible un error de prohibición cuando el sujeto se fía de la sentencia de un tribunal federal superior que ha recaído en un área jurídica distinta, pero cuyas formulaciones sostenidas con carácter general van de manera para el sujeto inadvertible más allá de su pronunciamiento sobre el asunto [79]. En cambio, un sujeto no puede confiar sin más en una sentencia judicial cuando a ella se opone otra sentencia de un tribunal de igual rango [79a]; en tales casos existirá por regla general un error de prohibición vencible o una conciencia eventual de la antijuridicidad que se habrá de tratar conforme a las reglas de aquél (cfr. nm. 28 ss.). Supone sin embargo una exageración la suposición de que un error de prohibición sería vencible cuando el sujeto se guió por una sentencia de un AG por ser la única resolución existente hasta

---

[76] Al respecto más detenidamente Rudolphi, 1969, 104 ss.

[77] De otra opinión D. Meyer, JuS 1979, 253.

[78] Discr. OLG Karlsruhe NJW 1967, 2167; LK[10]-Schroeder, § 17, nm. 36; como aquí Rudolphi, 1969, 108.

[79] OLG Stuttgart JR 1973, 509, con com. de Rudolphi.

[79a] De otra opinión Neumann, JuS 1993, 799, con la fundamentación de que un "caos normativo" del que debe responder la justicia no debería conducir a una restricción jurídicopenal del margen de acción del individuo.

ese momento sobre la cuestión jurídica (OLG Düsseldorf NJW 1981, 2478). Es cierto que una sentencia de un AG no sienta "jurispr. firme" y puede ser incorrecta, ¡pero el ciudadano que honradamente se esfuerza por observar el Derecho y alcanza el estado de conocimiento de un tribunal penal no necesita de ninguna pena! 64

El que un profano en Derecho intente aclarar por propia iniciativa la situación jurídica mediante el estudio de leyes, resoluciones y comentarios no convierte sin más en invencible su posible error de prohibición (cfr. sin embargo nm. 65) [80]; pues ante cuestiones jurídicas difíciles debe decirse a sí mismo que sus facultades para comprender el problema son insuficientes. No obstante, la situación es distinta cuando un texto legal está redactado de tal modo que sugiere a un no jurista instruido la conclusión de que una determinada conducta es conforme a Derecho [81]. Si se considerara siempre vencible un error de prohibición provocado por el tenor literal legal de la ley, ello conduciría a la conclusión de que las leyes sólo están escritas para los juristas y que el profano nunca se podría fiar de la comprensión normal de su texto, sino siempre sólo del abogado; eso iría demasiado lejos. 64a

En los casos de utilización de armas de fuego en la antigua frontera interalemana [81a] (al respecto, § 5, nm. 52 b) existirá a menudo un error de prohibición en los llamados "tiradores del muro". Resulta decisivo para la vencibilidad del mismo el que los entonces soldados de la frontera de la RDA pudieran percatarse de la nulidad o inaplicabilidad del § 27 II GrenzG de la RDA y por tanto de la contrariedad de su conducta a la prohibición. A este respecto, las exigencias de realizar esfuerzos para cerciorarse fijadas por los tribunales han sido especialmente altas. Según ello, no se podrían "considerar representantes del correspondiente entorno" dignos de confianza "evidentemente los puntales del sistema injusto de la antigua RDA, como los miembros del MfS (Ministerio de Seguridad), jueces o fiscales" [81b], sino que lo decisivo sería si el "pueblo del Estado" de la RDA aprobaba los acontecimientos en cuestión. Esta desviación del principio de que en general es suficiente una consulta a personas o instituciones competentes en Derecho conduce a un vaciamiento objetable del § 17 inc. 1 y a una amplia extensión de la punibilidad.

c) La posibilidad de acceder al conocimiento de la antijuridicidad en caso de realizar esfuerzos insuficientes 65

Si los esfuerzos del sujeto para cerciorarse no son suficientes, ello no significa aún necesariamente que su error de prohibición sea vencible (cfr. ya

[80] BayObLG GA 1966, 183.
[81] Según OLG Schleswig GA 1982, 509, el error de prohibición sería invencible aun cuando el sujeto, en el supuesto de un tenor literal ambiguo, escoja una entre diversas posibilidades de interpretación.
[81a] BGHSt 39, 1; 39, 168.
[81b] LG Berlin, JZ 1992, 691, 695; confirmado en BGHSt 39, 168, 191 ss.

nm. 34 ss.) [82]. Cuando el sujeto, pese a existir un motivo, no consultó a un abogado, sino que partió sin más de la conformidad a Derecho de su conducta, se debe considerar no obstante invencible su error de prohibición, si un abogado digno de confianza le habría confirmado también la conformidad a Derecho de su conducta (v.gr. invocando la jurispr. del momento) [83]. Lo mismo rige cuando alguien, pese a su falta de conocimientos jurídicos, se ha formado en virtud de un estudio de aficionado de la literatura científica una opinión jurídica que sin embargo coincide en el resultado al que llega con lo que también le habría dicho un jurista digno de confianza en el momento del hecho. Lo más importante aquí no es la constatación de un curso causal hipotético [84]. No es decisivo lo que un determinado abogado realmente habría dicho, sino cómo habría sido una información de la que el sujeto se habría podido fiar.

VII. Las consecuencias jurídicas del error de prohibición

66 El error de prohibición, cuando es invencible en sentido jurídico, conduce a la impunidad conforme al § 17 inc. 1. El legislador habla de que el sujeto actúa "sin culpabilidad" en tal caso. Sin embargo, también en el supuesto de que exista escasa culpabilidad, la responsabilidad está ya excluida cuando ello es tolerable desde puntos de vista preventivos (cfr. nm. 37 ss. y *passim*). El concepto de "culpabilidad" empleado por el legislador ha de entenderse por tanto en un sentido amplio, de modo que abarque todo el ámbito de la responsabilidad jurídicopenal. Si el error de prohibición fue vencible, tiene lugar conforme al § 17 inc. 2 una reducción facultativa del marco penal correspondiente al dolo.

67 La rebaja sólo facultativa del marco penal correspondiente al dolo resulta problemática. Pues en el caso normal la culpabilidad del sujeto se reducirá de manera no poco considerable por su buena fe (cfr. ya nm. 8). Sólo existe una excepción cuando el error de prohibición del sujeto se basa en hostilidad al Derecho (nm. 8 s.). Sin embargo, tales casos son muy poco frecuentes [85]. Por ello se ha de interpretar la atenuación potestativa en concordancia con el principio de culpabilidad, en el sentido que por regla general (es decir, prescindiendo de la citada situación excepcional poco frecuente) la aplicación del

---

[82] Así con razón tb. OLG Celle NJW 1977, 1644, contra la jurispr. del BGH y del BayObLG citada en las nn. 49 y 50.

[83] Cfr. v.gr. KG NStZ 1990, 186, para la infracción del § 168 por parte de unos médicos: "Aun cuando... hubieran solicitado consejo jurídico de abogados y del Colegio de médicos, sólo se habrían reforzado en su falta de conciencia de la antijuridicidad jurídicopenal."

[84] En este punto correctamente Jakobs, AT², 19/45.

[85] En mi artículo "Ungelöste Probleme beim Verbotsirrtum" ("Problemas no resueltos en el error de prohibición"), 1987, 82 s., ponía en duda que siquiera los haya.

marco penal atenuado sea obligatoria [86]. La no rebaja del marco penal precisa siempre por ello de una especial fundamentación en la sentencia [87]; la misma es jurídicamente incorrecta cuando no tiene lugar una reducción del marco penal en el supuesto de errores de prohibición fácilmente vencibles, pero no basados en hostilidad jurídica.

En el supuesto de culpabilidad escasa de quien actúa en error de prohibi- 68
ción, la pena mínima establecida en el § 49 I n.° 3 puede seguir estando por encima de la medida de la culpabilidad realmente existente. Para tales casos se recomienda por un sector de la doctrina una ulterior reducción de la pena —no prevista en sí en la ley— conforme al § 49 II [88], y por otro sector un sobreseimiento conforme al § 153 StPO [89]. Lo correcto será disculpar tal error, es decir excluir la responsabilidad jurídicopenal y absolver al sujeto (más detenidamente nm. 37 ss.). Es incorrecta la hipótesis de que en el caso del error de prohibición vencible la pena nunca podría bajar de la pena mínima de un marco penal real o ficticio correspondiente a la imprudencia [90]; la culpabilidad en el caso de un error de prohibición difícilmente vencible puede ser absolutamente menor que en una imprudencia de hecho [91].

VIII. Regulaciones específicas del error de prohibición

La regulación legal de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad (§§ 20 69
y 21) contiene también pronunciamientos sobre el error de prohibición, en cuanto que en ella se trata el caso de que alguien, en virtud de determinados estados psicopatológicos sea incapaz o sólo posea una capacidad notablemente reducida "de comprender el injusto del hecho". Los preceptos de los §§ 20 y 21 y del § 17 desgraciadamente no coinciden del todo en el tratamiento del error de prohibición. Especialmente existe una contradicción en que el § 21 prevé una atenuación de la pena de quien actúa en error de prohibición sólo en caso de imputabilidad notablemente disminuida, mientras que el § 17 posibilita tal atenuación con independencia de ello. El problema ya se ha examinado *supra* (§ 20, nm. 28 y 35) con el resultado de que debe prevalecer la regulación más favorable del § 17. A ello nos remitimos aquí.

En contraste con los §§ 20 y 21, otros preceptos proceden de modo más 70
generoso con la exculpación que el § 17 (cfr. ya nm. 40 s.). Según el § 51 WStG un subordinado que realiza un tipo jurídicopenal cumpliendo órdenes

---

[86] Warda, ZStW 71 (1959), 252 ss.; Roxin, ZStW 76 (1964), 605. El PA había prescrito con razón en el § 20 inc. 2 una rebaja del marco penal "por regla general".
[87] OLG Hamm VRS 10 (1956), 358.
[88] Paeffgen, 1979, 175 s.; Jakobs, AT², 19/50.
[89] SK⁵-Rudolphi, § 17, nm. 50.
[90] BayObLG MDR 1957, 434.
[91] Jakobs, AT², 19/50.

sólo actúa de modo culpable "cuando conoce que se trata de un hecho antijurídico o ello resulta manifiesto por las circunstancias por él conocidas". Ya no cualquier error de prohibición vencible, sino sólo un error de prohibición que con especial facilidad resulta vencible conduce a la punición. Ello se halla por completo en la línea de la teoría "más flexible o suavizada" de la culpabilidad aquí defendida (nm. 37 ss.), según la cual también un error de prohibición vencible puede tener como consecuencia la impunidad, cuando ello resulte preventivamente tolerable (de lo cual parte aquí el legislador, porque quien da la orden tiene la responsabilidad principal). Sin embargo la ley emplea también en este caso un concepto amplio de culpabilidad, que abarca toda la responsabilidad. Cuando dice que al sujeto le corresponde "sólo una culpabilidad" en caso de manifiesta antijuridicidad de la orden, hay que precisarlo entonces en el sentido de que también en otros casos de vencibilidad se ha de afirmar una culpabilidad en el estricto sentido de la palabra y sólo se ha de excluir la responsabilidad jurídicopenal. No resulta sin embargo correcta la opinión de Maurach/Zipf [92] cuando interpretan el § 51 WStG como caso de "teoría restringida del dolo", en la que en el caso del carácter manifiesto "se fingiría el dolo". Por el contrario, el § 51 WStG se basa también en la teoría de la culpabilidad. Unicamente se reducen las exigencias de la evitabilidad [93]. Una regulación similar adoptan el § 7 II 2 UZwG y las disposiciones correspondientes de los *Länder* federados para los funcionarios encargados de la ejecución que actúan en virtud de orden oficial.

---

[92] Maurach/Zipf, AT/1[8], 38/29.
[93] Acertadamente LK[10]-Schroeder, § 17, nm. 54.

§ 22. El estado de necesidad excluyente de la responsabilidad y casos afines

A. El estado de necesidad del § 35

Bibliografía: Neubecker, Zwang und Notstand, 1910; Baumgarten, Notwehr und Notstand, 1911; Goldschmidt, Der Notstand, ein Shuldproblem, ÖstZStr 1913, 129; v. Weber, Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925, 1925; Broglio; Der strafrechtliche Notstand im Lichte der Strafrechtsreform, 1928; Marcetus, Der Gedanke der Zumutbarkeit, Str.Abh. 243, 1928; Oetker, Notwehr und Notstand, Frank-FS, 1930, t. I, 359; Siegert, Notstand und Putativnotstand, 1931; Henkel, Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht, 1932; Drost, Die Zumutbarkeit bei vorsätzlichen Delikten, GA 77 (1933), 175; Maurach, Kritik der Nostandslehre, 1935; v. Weber, Vom Diebstahl in rechter Hungersnot, MDR 1947, 78; v. Weber, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl, MDR 1948, 34; Bockelmann, Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949; Peters, Die Tötung von Menschen in Notsituationen, JR 1950, 742; Bockelmann, Zur Schuldlehre des Obersten Gerichtshofs, ZStW 63 (1951), 13; Oehler, Die Achtung vor dem Leben und die Notstandshandlung, JR 1951, 489; Welzel, Zum Notstandsproblem, ZStW 63 (1951), 47; Gallas, Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, Mezger-FS, 1954, 311 (= Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 59); Henkel, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Mezger-FS, 1954, 249; Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 1; Maihofer, Der Unrechtsvorwurf, Rittler-FS, 1957, 162; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958; Brauneck, Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA 1959, 261; Arm. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; Schröder, Die Notstandsregelung des Entwurfs 1959 II, Eb. Schmidt-FS, 1961, 290; Kuhnt, Pflichten zum Bestehen des strafrechtlichen Notstands (§§ 52, 54 StGB), tes. doct. Freiburg, 1966; Rudolphi, Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?, ZStW 78 (1966), 67; Hanack, Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher, JZ 1967, 297, 329; Jäger, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, 1967; Watzka, Die Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens im strafrechtlichen Notstand, tes. doct. Freiburg, 1967; Rudolphi, Notwehrexzeß nach provoziertem Angriff, JuS 1969, 461; Vogler, Der Irrtum über Entschuldigungsgründe im Strafrecht, GA 1969, 103; Küper, Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung, JuS 1971, 474; Ulsenheimer, Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens bei Gefahr eigener Strafverfolgung, GA 1972, 1; Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, ²1973 [= Política criminal y sistema del Derecho penal, trad. de la 1.ª ed. alemana e intr. de F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1972]; Stree, Rechtswidrigkeit und Schuld im neuen Strafgesetzbuch, JuS 1973, 461; Gimbernat Ordeig, Der Notstand: ein Rechtswidrigkeitsproblem, Welzel-FS, 1974, 485 [= El estado de necesidad; un problema de antijuridicidad, Estudios de Derecho Penal, ³1990, 218]; Roxin, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Henkel-FS, 1974, 171 [= Problemas básicos, 1976, 200 = Culpabilidad y prevención en Derecho penal, trad. y notas D.-M. Luzón Peña, Madrid, Reus, 1981, 57]; Rudolphi, Die Bedeutung des Gewissensentscheids für das Strafrecht, Welzel-FS, 1974, 605; Blei, Zumutbarkeit und Vorverhalten beim entschuldigenden Notstand, JA 1975, 307; Stree, Rechtswidrigkeit und Schuld, en: Roxin/Stree/Zipf/Jung, Einführung in das neue Strafrecht, ²1975, 34; Jakobs, Schuld und Prävention, 1976; Jescheck, Deutsche und österreichische Strafrechtsreform, Lange-FS, 1976, 365; Krey, Fall zu Problemen des rechtfertigenden und entschuldigenden Notstandes, Jura 1979, 316; Roxin, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Bockelmann-FS, 1979, 279 [= Culpabilidad y prevención en Derecho penal, trad., intr. y notas F. Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1981, 147]; Hefermehl, Der verursachte entschuldigende Notstand, tes. doct. Tübingen, 1980;

Hruschka, Rechtfertigung oder Entschuldigung im Defensivnotstand, NJW 1980, 21; Schroeder, Notstandslage bei Dauergefahr, JuS 1980, 336; Vormbaum, Fall Strafrecht: Die hilfreiche Schwester, JuS 1980, 367; Küper, Der entschuldigende Notstand, ein Rechtfertigungsgrund?, JZ 1983, 88; Timpe, Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983; Timpe, Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehrexzeß (§ 33 StGB), JuS 1984, 859; 1985, 35, 117; Bernsmann, Zum Handeln von Hoheitsträgern aus der Sicht des "entschuldigenden Notstandes", Blau-FS, 1985, 23; Neumann, Zurechnung und "Vorverschulden", 1985; Roxin, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, Jescheck-FS, 1985, 457; Küper, Darf sich der Staat erpressen lassen? Zur Problematik des rechtfertigenden Nötigungsnotstandes, 1986; Küper, Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, 81; Lenckner, Das Merkmal der "Nicht-anders-Abwendbarkeit" der Gefahr in den §§ 34, 35 StGB, Lackner-FS, 1987, 95; Neumann, Der strafrechtliche Nötigungsnotstand - Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund?, JA 1988, 329; Schmidhäuser, Form und Gehalt der Strafgesetze, 1988; Bernsmann, "Entschuldigung" durch Notstand, 1989; Dimitratos, Das Begriffsmerkmal der Gefahr in den strafrechtlichen Notstandsbestimmungen, 1989; Hruschka, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Karneades bei Gentz und Kant, GA 1991, 1; Lugert, Zu den erhöht Gefahrtragungspflichtigen im differenzierten Notstand, 1991; P. A. Albrecht, Die Pathologisierung des strafrechtlichen Nostandes, Rasch-FS, 1993, 59; Frister, Die Struktur des "voluntativen Schuldelements", 1993; Klimsch, Die dogmatische Behandlung des Irrtums über Entschuldigungsgründe etc., 1993; Wasek, Der Notstand im polnischen Strafrecht aus rechtsvergleichender Sicht, ZStW 105 (1993), 306.

I. Ubicación sistemática y contenido teleológico de la regulación

1 El estado de necesidad del § 35, como se deduce claramente de su tenor literal (§ 35 I 1: "actúa sin culpabilidad"), está concebido por el legislador como una causa de exclusión de la culpabilidad. Con ello la nueva Parte general sigue, en el tratamiento de los casos de estado de necesidad, la teoría diferenciadora, que se impuso en la ciencia alemana alrededor de 1930 (más detenidamente § 16, nm. 1). El estado de necesidad del § 34, basado en una ponderación de intereses, (y de manera análoga los casos de estado de necesidad jurídico civiles de los §§ 228 y 904 BGB) justifica, mientras que la situación del § 35 únicamente exculpa.

2 Esta diferenciación es en principio aceptable. Pues, mientras que en el estado de necesidad justificante quien actúa contribuye a que se imponga un interés claramente preponderante, de modo que su ingerencia se valora como socialmente provechosa y legal, en el § 35 la cosa es completamente distinta. Este precepto presupone que se resuelva expresamente de modo negativo la cuestión prioritaria de la justificación de la conducta del sujeto, y que por tanto se repruebe y se declare socialmente dañoso el proceder del sujeto [1]. Quien v.gr. puede salvarse de un peligro para su integridad física matando a una persona no implicada hace algo que, según los parámetros del ordenamiento jurídico, no debería suceder. El que a pesar de ello el § 35 exima al

[1] Por tanto, no se puede dejar a un lado la cuestón de si concurre el § 34 con el argumento de que en cualquier caso es de aplicación el § 35; lo pasa por alto BGH NJW 1979, 2053 s.

sujeto de pena no se debe por tanto a la falta de desaprobación del hecho por el ordenamiento jurídico, sino a que su conducta, pese a la desaprobación, no se juzga necesitada de pena.

La diferencia material expuesta comporta también las distintas consecuencias jurídicas que se vinculan a la ubicación sistemática. Mientras en el estado de necesidad justificante no es admisible una legítima defensa, la participación está justificada y el error sobre sus presupuestos objetivos o materiales a lo sumo hace posible una punición por imprudencia, frente al ejercicio del estado de necesidad meramente disculpante existe un derecho de legítima defensa (más detenidamente § 15 nm. 16 ss.), un error sobre los presupuestos objetivos del § 35 deja intacto el dolo (nm. 59 ss.) y la participación en el hecho realizado en estado de necesidad es punible (nm. 66 s.) [2]. 3

No obstante, el uso del lenguaje de la ley es impreciso en cuanto que el § 35 no excluye la culpabilidad en el sentido estricto de la palabra, sino la responsabilidad jurídicopenal (cfr. § 19, nm. 1-7). Pues el § 35 sólo posee trascendencia práctica cuando el amenazado era aún asequible a la norma y habría podido actuar de otro modo, de manera que existe una culpabilidad (aunque sea notablemente reducida); en otro caso concurriría de todos modos el § 20, de modo que no se necesitaría del § 35 [2a]. El fundamento de la exención de pena no radica por consiguiente en la ausencia de culpabilidad, sino en la falta de una necesidad preventiva de punición (cfr. § 19, nm. 3 e *infra* nm. 6, 11). El término "culpabilidad" en el § 35, igual que en el § 17 (al respecto, § 21, nm. 66), hay que entenderlo en un sentido amplio de la palabra que abarque toda la responsabilidad jurídicopenal. 4

Sin embargo, la teoría de la diferenciación nunca ha podido acallar por completo a los partidarios de la opinión de que hay que considerar unitariamente todos los casos de estado de necesidad causas de justificación. Welzel había enjuiciado aún en la posguerra [3] el actual § 35 (entonces § 54) como causa de justificación: "En los casos en que la propia existencia... entra en colisión... con bienes jurídicos de igual o superior valor de otros... de manera que aquélla sólo se puede salvar a costa de éstos, el acto de autoconservación no está desaprobado." Gimbernat proporcionó en 1974 [4] una fundamentación dogmática para esta tesis: dado que el sujeto sería asequible a la norma también en el estado de necesidad del § 35 y en consecuencia podría ser en principio motivado mediante una conminación penal a omitir la ingerencia en bienes jurídicos ajenos, el legislador sólo podría haber renunciado a este 5

---

[2] El diferente carácter de las consecuencias jurídicas es discutido sin embargo en el último caso; cfr. nm. 66 ss.

[2a] Cfr. al respecto tb. P. A. Albrecht, Rasch-FS, 1993, 63.

[3] Welzel, StrafR[1], 1947, 49 s.; idem, StrafR[2], 1949, 50 s.; en el resultado al que llega, igualmente Maihofer, Rittler-FS, 1957, 162.

[4] Gimbernat Ordeig, Welzel-FS, 1974, 485 ss. (= Estudios [3]1990, 218 ss.).

medio si no quisiera motivar al sujeto en absoluto de otro modo. Ello supondría sin embargo una justificación del hecho realizado en estado de necesidad [5]: "El estado de necesidad es una causa de justificación porque el Derecho penal renuncia ahí a la pena no porque ésta sea inidónea para combatir el hecho cometido en estado de necesidad, sino porque no quiere combatir ese comportamiento."

6 Aun prescindiendo de la decisión jurídicopositiva del legislador alemán por la teoría de la diferenciación, no se puede compartir la postura de Gimbernat. Es verdad que la premisa de Gimbernat de que el § 35 no podría excluir por completo la culpabilidad en el sentido de capacidad de actuación conforme a la norma es absolutamente acertada (cfr. sólo nm. 4). Pero el mismo pasa por alto [6] que la renuncia a la pena en tal caso no tiene por qué deberse necesariamente a una justificación, sino que también puede tener su causa en que el legislador no considere indispensable la punición de la conducta por él desaprobada. Eso es lo que sucede aquí: dado que en los casos del § 35 I 1 no es imposible un efecto motivador de la norma, pero, en virtud del carácter excepcional de las circunstancias, a menudo tampoco sería esperable aunque se amenazara con pena, dado que además, debido a la poca frecuencia de estas situaciones, apenas existe una necesidad preventivogeneral de intimidar a los demás, y dado que los autores de tales hechos tampoco precisan de intervención preventivoespecial, el castigo del infractor de la norma sería políticocriminalmente inadecuado. Pese a la existencia de culpabilidad (disminuida), se es por tanto indulgente y se excluye la responsabilidad jurídicopenal. Esto no supone una justificación, de igual modo que v.gr. no están justificados una tentativa de lesiones simples (§ 223) o los daños imprudentes por el hecho de que el legislador no los haya conminado con pena.

7 La op. absolutamente dom. aprueba también la decisión del legislador por la configuración como causa de exclusión de la culpabilidad (en el sentido amplio de la palabra). La *ratio* de la exculpación es sin embargo discutida. La concepción más antigua no atribuía en modo alguno la exención de pena a la falta de necesidad preventiva de punición, como lo hace la opinión por la que aquí se aboga, sino a la reducción de la capacidad de conducta conforme a la norma. Existiría "un menoscabo anormal de la libre determinación de la voluntad causado por especiales circunstancias externas", que haría aparecer como no exigible "una conducta conforme a la norma, teniendo en cuenta el instinto de conservación" (RGSt 66, 225); "una presión anímica extraordinaria" haría disculpable la infracción de la norma (RGSt 66, 398). Los materiales para el nuevo § 35 todavía invocan la "sobrepresión que influye en la motivación" [7].

---

[5] Gimbernat Ordeig, Welzel-FS, 1974, 496 (= Estudios [3]1990, 230).
[6] Una discusión crítica exhaustiva con Gimbernat la ofrece Küper, JZ 1983, 88 ss.

Este punto de vista no puede sin embargo explicar por sí solo la exención 8
de pena. Pues, en primer lugar, no queda claro por qué la restricción de la libertad de decisión excluye la pena en vez de sólo rebajarla, como sucede en las demás causas de reducción de la culpabilidad. En segundo lugar, esta concepción no permite advertir por qué el § 35 I 2 hace una serie de excepciones a la exención de pena, pese a que la presión anímica que en estos casos pesa sobre el sujeto es la misma [8]. En tercer lugar, sigue siendo incomprensible desde esta perspectiva por qué el § 35 II exculpa el error sólo en caso de invencibilidad, pues la presión psíquica es la misma, tanto si existe verdaderamente la situación de necesidad como si el sujeto la supone por error vencible o invencible. La limitación a los bienes jurídicos "vida, integridad física, libertad" resulta también difícilmente plausible desde el punto de vista psicológico; una puesta en peligro de la existencia económica puede producir anímicamente la misma presión, sin exculpar sin embargo [9].

Hoy es dominante la concepción de que la exención de pena en el caso del 9
§ 35 se debe a una doble reducción de la culpabilidad [10]. La culpabilidad del sujeto se rebajaría en primer lugar por la presión anímica y en segundo lugar porque el sujeto que actúa en estado de necesidad no sólo lesionaría un bien jurídico, sino que también preservaría otro. La salvación de un bien jurídico reduciría el injusto y con ello de manera mediata la culpabilidad. La doble rebaja de la culpabilidad conduciría a la impunidad [11]. Pero tampoco esta teoría es suficiente para explicar el § 35. Es verdad que puede explicar los casos de falta de exculpación del § 35 I 2 como constelación de injusto agravado por otras razones y por ello más merecedor de pena, mientras que el § 35 II halla desde esta posición su explicación en que en los casos de error no se preserva ningún bien jurídico. Pero en tal caso sigue siendo incongruente que según el § 35 I 1 también se exculpe la tentativa fallida de salvación, en la que igualmente falta el valor positivo del resultado.

Se debe poner absolutamente en duda el que la reducción del injusto sea 10
un criterio central para la exención de pena conforme al § 35. Pues la cantidad del injusto realizado no depende únicamente de lo que el sujeto preserva, sino de la magnitud del *plus* de bienes jurídicos que lesiona [12]. Quien para salvar su vida da muerte a numerosas personas queda impune a pesar de ello, aunque

[7] Informe de la Comisión especial para la reforma del Derecho penal, BT-Drucks. V/4095, 16.

[8] Cfr. ya Roxin, ²1973, 33 s. [= Política criminal, 1972, 68; N. del T.]; idem, Henkel-FS, 1974, 182 ss. [= Problemas básicos, 1976, 211 ss.; N. del T.].

[9] De acuerdo en todo ello sobre todo Jakobs, AT², 20/1; Timpe, 1983, 277 s.; idem, JuS 1984, 860.

[10] Al respecto exhaustivamente Timpe, 1983, 284 ss., y Bernsmann, 1989, 204 ss.

[11] Arm. Kaufmann, 1959, 156 ss.; Rudolphi, ZStW 78 (1966), 81 ss.; idem, JuS 1969, 462; Küper, JuS 1971, 477. Entre los tratados y comentarios: Welzel, StrafR¹¹, 178 s. [= PG, 1987, 248 s.; N. del T.]; Sch/Sch/Lenckner²⁴, antes del § 32, nm. 111; SK⁶-Rudolphi, § 35, nm. 2 ss.; Jescheck, AT⁴, § 43 III 2 b.

[12] Acertadamente Jakobs, AT², 20/3.

el injusto restante tras descontar el "valor positivo del resultado" y la correspondiente culpabilidad alcanzan un *quantum* mucho mayor que en un homicidio ordinario. Contra la hipótesis de que la exención de pena se deriva en un cincuenta por ciento por el legislador de una disminución del injusto apunta también la circunstancia de que la mera reducción del injusto no es tenida en cuenta en modo alguno en el StGB: quien salva a una persona no allegada a él a costa de otro sigue siendo por completo penalmente responsable, pese a que la disminución del injusto, si conllevara efecto exculpatorio, haría esperar como mínimo una causa de atenuación de la culpabilidad [13].

11 La fundamentación de la exclusión de la responsabilidad a partir de los fines de la pena, por la que aquí se aboga (cfr. § 19, nm. 3, y *supra* nm. 6), evita las fricciones propias de las otras concepciones. La misma puede deducir sin problema la exclusión de la punibilidad conforme al § 35 I 1 de la falta de una necesidad de prevención general y especial, mientras que los casos en que resta punibilidad (§ 35 I 2; § 35 II; limitación a vida, integridad física y libertad) se deben a necesidades preventivogenerales: el deber del Estado de proteger bienes jurídicos no permite que personas que tienen la función de hacer frente al peligro puedan eludir impunemente sus deberes (§ 35 I 2); el mantenimiento del orden pacífico prohíbe también que las personas que por sí mismas han provocado culpablemente un peligro (§ 35 I 2) o lo suponen equivocadamente (§ 35 II) puedan invocar sin más al § 35; el que el peligro de pérdidas económicas no pueda tener efecto eximente de pena se explica porque, de lo contrario, la autotutela podría acabar con el funcionamiento ordenado del Derecho y conducir a la sociedad al caos.

12 También defienden el recurso a la teoría de los fines de la pena para explicar la exclusión de la responsabilidad Jakobs [14] y su discípulo Timpe [15], con la reserva de que, de acuerdo con el concepto funcional de culpabilidad de Jakobs (§ 19, nm. 31 ss.), explican la regulación del § 35 exclusivamente por la falta o la existencia de necesidades de prevención general y rechazan la necesidad preventivoespecial de intervención como causa de la exención de pena [16]. Timpe [17] estima que también el necesitado de resocialización gozaría de la exculpación, cuando actúe en virtud del § 35, del mismo modo que, a la inversa, se castigaría en los casos del § 35 I 2, a pesar de la falta de necesidad de resocialización. Pero estos argumentos suponen un mal entendimiento de la teoría de los fines de la pena: el hecho de quien actúa en la situación del § 35 no pone de manifiesto ninguna necesidad de resocialización; la existencia de algo así como una tendencia al delito independiente de ello no puede por sí

---

[13] Jakobs, AT², 20/3.
[14] Jakobs, AT², 20/4.
[15] Timpe, 1983, 294 ss.; idem, JuS 1984, 862 s.
[16] Crít. sobre esta "concepción funcional del estado de necesidad" Bernsmann, 1989, 225 ss.
[17] Timpe, 1983, 296 s.; idem, JuS 1984, 862 s.

sola legitimar una necesidad de punición, del mismo modo que no puede hacerlo la peligrosidad de quien aún no ha cometido un delito. Y las excepciones al principio del § 35 I 1 sin duda se han de explicar por razones no de prevención especial, sino preponderantemente de prevención general. Sin embargo, ello se corresponde simplemente con el principio general de la teoría de los fines de la pena de que, existiendo culpabilidad, en su caso las necesidades de prevención general pueden por sí solas hacer necesaria una punición (cfr. § 3, nm. 37 s.). Pero todo esto no modifica para nada el hecho de que se haya de juzgar al sujeto del § 35 como una persona fiel al Derecho en circunstancias normales, el cual no precisa de intervenciones preventivoespeciales y que por tanto puede ser eximido de pena, en la medida en que ello sea preventivogeneralmente tolerable.

La crítica hasta el momento más exhaustiva a la concepción aquí desarrollada la ofrece Bernsmann [18]. El mismo opina [19]: "Se puede estar por completo de acuerdo con las deducciones preventivogenerales y preventivoespeciales de Roxin; sin embargo el 'principio' en ellas empleado es a la postre tan poco preciso y tan abierto en cuanto a su contenido que se torna inidóneo para deducir de él los límites de la exención de pena." A continuación expone que habría otras situaciones de necesidad en las que la prevención especial y la prevención general resultarían "superfluas de forma similar"; a la inversa, no se podría decir "que en todas las constelaciones de casos del § 35 I 1 no sean alcanzables ambos fines de la pena". Respecto de lo anterior ha de decirse que es cierto que se puede tener distintas opiniones sobre lo preventivogeneralmente y preventivoespecialmente necesario. Pero Bernsmann pasa por alto que lo que importa no son las opiniones variables de diferentes personas que emiten un juicio al respecto, sino las concepciones legales sobre lo preventivamente necesario. Pero éstas están formuladas en el § 35; ni siquiera la interpretación judicial de la cláusula "abierta" de exigibilidad ha de orientarse por las opiniones subjetivas del juez correspondiente, sino por las valoraciones que se pueden deducir de las situaciones de exculpación "nombradas" y de sus excepciones. 13

El propio Bernsmann pretende clasificar de manera diferenciadora las situaciones de necesidad. Así, considera la "reacción de miedo a las catástrofes" una causa de exclusión de la culpabilidad por su cercanía al § 20 [20], lo que sólo es correcto en la medida en que en el caso concreto se cumplan realmente los presupuestos o requisitos del § 20. Por el contrario, el "peligro de muerte evitado o afrontado deliberadamente" [21], si bien sería culpable y susceptible de penalización orientada conforme a los fines de la pena, daría lugar a una 14

[18] Bernsmann, 1989, 215 ss.
[19] Bernsmann, 1989, 220.
[20] Bernsmann, 1989, 371.
[21] Bernsmann, 1989, 379.

causa de exclusión de la punibilidad. La impunidad estaría indicada por razones extrapenales de filosofía del Estado [22]: "El Estado debe proteger y respetar la vida y no puede imponer bajo pena en ninguna circunstancia la aceptación de la muerte." Pero esta "fundamentación última" [23] de teoría del Estado es sumamente problemática, pues no se corresponde con la realidad: la mayoría de los Estados modernos imponen bajo amenaza de pena la aceptación de la muerte o un grave peligro de muerte en la guerra y en situaciones del estilo del § 35 I 2, y algunos no conocen siquiera una exclusión de la punibilidad en los casos del § 35 I 1, sin ser acusados por ello de contrariedad al Estado de Derecho. Además, con la impunidad, se abandona la protección de la vida de la víctima, de modo que el § 35 resulta difícilmente explicable desde la perspectiva del deber estatal de preservación de la vida. Y finalmente no es en modo alguno plausible la traslación de la "fundamentación última" al mero peligro para la integridad física y la libertad [24]: cuando el Estado renuncia a la pena en los hechos realizados en estado de necesidad, la causa de ello no es su "falta de competencia para penar" [25], sino una indulgencia que se debe a la apreciación de que los fines de la pena no imponen necesariamente una criminalización en tales casos.

II. El peligro actual no evitable o afrontable de otro modo

15 El legislador vincula la exclusión de la responsabilidad a un "peligro actual no evitable (afrontable, eludible, conjurable) de otro modo". El estado de necesidad justificante del § 34 posee también el mismo presupuesto. Dado que no existen razones para una interpretación diferente, nos podemos remitir en este punto a las explicaciones acerca del § 34 (§ 16, nm. 11 ss.). En particular no será tampoco preciso fijar más alto que en el § 34 el grado del peligro amenazante, o sea, la probabilidad de que se produzca una lesión de la integridad física, la vida o la libertad. Si se ha de temer un desenlace mortal con una probabilidad de sólo el 10 %, existe sin embargo ya un peligro de muerte en el sentido del § 35; el que el matar, para evitarlo, a una persona no implicada sea o no impune no es una cuestión del peligro de muerte, sino de la exigibilidad conforme al § 35 I 2. En cambio, la concurrencia de un "peligro" presupone ya una cierta intensidad del menoscabo esperable del bien jurídico; la amenaza de unas lesiones o unas detenciones ilegales insignificantes (sea cual sea su probabilidad) no constituye aún en absoluto un "peligro para la integridad física" o un "peligro para la libertad" en el sentido del § 35 I 1. Ambos puntos de vista no se distinguen de modo suficiente hasta ahora ni en la jurispr. ni en la literatura científica.

---

[22] Bernsmann, 1989, 308.
[23] Bernsmann, 1989, 382.
[24] Bernsmann, 1989, 309 ss.
[25] Bernsmann, 1989, 382.

Es indiferente el que el peligro proceda de personas, de fuerzas de la natu- 16
raleza o de cosas. El nuevo § 35 no ha adoptado la regulación del StGB de 1871, que contraponía en el § 52 el estado de necesidad coactivo procedente de personas a los demás casos de estado de necesidad, sino que ha reunido en un precepto todas las fuentes de peligro. En la práctica son mayoría los peligros procedentes de personas. Van desde el homicidio de un tercero forzado mediante una amenaza de asesinato (RGSt 64, 30) hasta el homicidio del tirano familiar que de modo permanente maltrata gravemente a sus parientes (RGSt 60, 318; BGH NJW 1966, 1823; NStZ 1984, 21), pasando por la provocación de un falso testimonio en causa judicial mediante amenaza de muerte (BGHSt 5, 371) o malos tratos graves (RGSt 66, 98) y el falso testimonio por miedo a la venganza de los adversarios políticos (RGSt 66, 222). Pero también los peligros procedentes de cosas (RGSt 59, 69: derrumbamiento inminente de una casa en ruinas) o las fuerzas de la naturaleza (RG JW 1933, 700: inundación; RGSt 72, 246: explosión de grisú en una mina) pueden convertirse en origen de hechos antijurídicos y excluir la responsabilidad jurídicopenal.

Precisamente en el estado de necesidad excluyente de la responsabilidad 17
posee especial relevancia el hecho de que la actualidad del peligro comprende periodos de tiempo sustancialmente más grandes que la actualidad de la agresión en el § 32 (cfr. más detenidamente § 16, nm. 17 s.). Esto rige sobre todo para el llamado peligro permanente, en el que una situación que amenaza con un peligro se puede convertir en cualquier momento en un daño, sin que se pueda decir exactamente cuándo sucederá tal cosa. Ese peligro permanente puede ser un peligro amenazante procedente de cosas, como la casa en ruinas que puede derrumbarse en cualquier momento, pero posiblemente también sólo al cabo de meses (RGSt 59, 69); pero también constituyen un peligro permanente el tirano familiar que de momento está pacífico, pero que en cualquier instante puede proceder a nuevos malos tratos (RGSt 60, 318; BGH NJW 1966, 1823; NStZ 1984, 21), el sujeto que amenaza al testigo en caso de que declare conforme a la verdad con un peligro para la vida o la integridad física, del que sin embargo no se sabe exactamente cuándo hará realidad la amenaza (RGSt 66, 98; BGHSt 5, 371), y el intruso nocturno, que siempre vuelve, pero cuya próxima aparición no es determinable con seguridad (BGH NJW 1979, 2053). Asimismo puede ser actual un peligro cuando su realización aún se hará esperar algo, pero se ha de actuar ahora para que después no sea demasiado tarde para hacerle frente; este grupo de casos a menudo coincide parcialmente con el del peligro permanente.

No tiene lugar una exclusión de la responsabilidad cuando el peligro era 18
evitable de otro modo [26]. Esto sucede en primer lugar si existía una posibilidad de eliminar el peligro de un modo conforme a Derecho. Quien puede eludir

[26] Exhaustivamente al respecto Lenckner, Lackner-FS, 1987, 95 ss.

un peligro inadmisible para su integridad física, al que es expuesto en el servicio militar, mediante una queja o apelando al comisario de las fuerzas armadas, no puede invocar el § 35 cuando en vez de ello comete deserción (BayObLG GA 1973, 208). La responsabilidad de quien mediante la solicitud de protección judicial puede sustraerse a las amenazas de quienes pretenden forzarle a un falso testimonio no se excluye mediante el § 35, si no obstante testifica en falso (RGSt 66, 98; BGHSt 5, 371). Tampoco encaja en el § 35 el homicidio del tirano familiar, cuando los malos tratos esperables se podrían haber prevenido abandonando la casa o solicitando auxilio policial (OGHSt 1, 369). Sin embargo, la existencia de otras posibilidades de evitación no se puede apreciar a la ligera. Así, una protección eficaz del testigo amenazado es raras veces posible fuera del tribunal, porque no puede ser vigilado permanentemente; la apelación a la policía contra el padre de familia que comete malos tratos se ha mostrado a menudo ineficaz (RGSt 60, 318); y un abandono de la casa no es a menudo viable por razones familiares (BHG NJW 1966, 1823; NStZ 1984, 21).

19 Hasta qué punto se deben intentar salidas que eliminen sólo probablemente o sólo parcialmente el peligro es, según la jurispr., una cuestión de exigibilidad, que, en esa medida, desempeña ya un papel en el § 35 I 1 y no sólo en el § 35 I 2. Quien es coaccionado por una fuerza ajena con los medios del § 35 a privar de libertad a otro, no está exculpado si no intenta al menos facilitar a la víctima una huida mediante obediencia meramente aparente (BGH NJW 1952, 111). Quien ejecuta ciegamente órdenes de asesinar del régimen nacionalsocialista sigue siendo penalmente responsable si no examina la posibilidad de eludirlas. "Cuanto más grave... es el delito que se impone, más cuidadoso debe ser el examen" (BGHSt 18, 311 [312]). Por otro lado, el BGH no ve como otra posibilidad de evitación para la mujer del tirano familiar alcohólico el tramitar una separación matrimonial o un internamiento en un establecimiento; pues a ella no le sería exigible "seguir soportando el trato inhumano del marido hasta el eventual éxito de estas medidas" (BGH NJW 1966, 1823 [1825]). En BGH NStZ 1992, 487, el acusado había llegado involuntariamente al conocimiento de que se iba a cometer un delito contra la vida. En vista de ello, se le forzó por los autores mediante amenazas a "participar". Pretendían asegurar mediante su implicación que no los denunciaría a la policía. En un caso así no se puede exigir del amenazado que intente disuadir primero de su propósito a los autores conversando con ellos y que corra así un notable riesgo de que le maten a él.

20 La jurispr. considera otra posibilidad de evitación también el soportar desventajas jurídicas. Así, un testigo amenazado con un peligro para su integridad física o su vida en caso de prestar testimonio conforme a la verdad debe, antes de testificar en falso sin ser penado, rehusar el testimonio o el juramento, aun cuando así se exponga a las sanciones del § 70 StPO (RGSt 66, 222 [227]).

Quien en el servicio militar recibe la orden antijurídica de ponerse un uniforme que le produce erupción cutánea y prurito insoportable debería aceptar una punición por desobediencia a una orden antes que poder eludir el peligro para la integridad física mediante deserción invocando el § 35 (BayObLG GA 1973, 208). Pero ello no debería ser exigible, pues si el § 35 pretende librar al sujeto de la discriminación que supone un juicio jurídicopenal de culpabilidad, se le debería ahorrar también el reproche por negarse de modo culpable al testimonio, al juramento o a cumplir la orden; y si no debe alcanzarle ninguna sanción penal tampoco se le debería exponer a las en modo alguno leves sanciones del Derecho corrector o disciplinario. De lo contrario, el Estado vuelve a quitar en buena parte con la otra la ventaja que da con una mano.

Quien sólo puede evitar el peligro mediante ingerencias en los derechos de **21** terceros ha de elegir no obstante el menos perjudicial entre los distintos medios. Quien se salva de un peligro de muerte mediante el homicidio de una persona no implicada sigue siendo por tanto penalmente responsable si la mera lesión del otro ya habría bastado para eliminar el peligro. Quien como causante de un accidente está amenazado con peligro de muerte puede salir, invocando el § 35, de la zona del peligro, pero no más de lo necesario. Si desaparece para siempre, resulta penalmente responsable conforme al § 142 [delito de fuga del lugar del accidente de tráfico] (BayObLG DAR 1956, 15).

III. Los bienes jurídicos susceptibles de estado de necesidad

Sólo son susceptibles de estado de necesidad la vida, la integridad física y **22** la libertad. La "libertad", que en el anterior Derecho no había sido privilegiada, se añadió en la PG 1975 siguiendo el modelo del P 1962, porque este bien jurídico "posee un rango similar al de la integridad física o la vida" [27]. En cambio, se rechazó expresamente una extensión a otros bienes jurídicos, como honor y propiedad; la misma "tendría como consecuencia que la no exigibilidad de una conducta conforme a Derecho... se reconocería como causa de exclusión de la culpabilidad en amplios terrenos, lo que podría poner en cuestión la seriedad de las conminaciones penales". Ello confirma la explicación aquí realizada recurriendo a la teoría de los fines de la pena (nm. 6, 11): son claramente razones de prevención general las que han inducido al legislador a prescindir de una exención de pena en caso de actuación para proteger otros bienes jurídicos.

De ahí se deriva además que una aplicación analógica del § 35 a otros bienes **23** jurídicos "cercanos a la personalidad" [28] debe descartarse al menos en los delitos

[27] Aquí y en lo que sigue: BT-Drucks. IV/650, 161.
[28] Así sin embargo Stratenwerth, AT[3], nm. 606; como aquí la op. dom.

dolosos; tampoco encuentra apoyo legal la extensión a la puesta en peligro de bienes materiales irreemplazables (v.gr. manuscritos de un sabio) [29]. Todo ello resultaría además problemático desde un punto de vista de política jurídica: quien para salvar su ganado de cría deja morir en las llamas a su criado [30], o quien se conforma con una grave intoxicación de su mujer por el humo para poner a salvo una apostilla original de la Filosofía del Derecho de Hegel [31], no puede quedar exento de pena, si no se quiere relativizar la protección de la vida humana contradiciendo las representaciones valorativas de la ley. Igualmente se burla el § 35 cuando se exime de pena recurriendo a una exculpación supralegal en delitos que se cometen para evitar dificultades económicas [32]. *De lege ferenda* debería sin duda posibilitarse una atenuación de la pena [33].

24 En el bien jurídico vida se discute si también se privilegia por el § 35 la vida en formación. Contra la opinión mayoritaria [34], hay que negarlo [35]. Dado que los bienes jurídicos "integridad física" y "libertad" sólo pueden referirse a las personas, también en el § 35, como en los demás supuestos en que la ley reúne vida e integridad física, se piensa, a falta de datos en contra, en la vida realmente existente, máxime cuando la protección legal tan sólo relativamente débil de la vida en formación apunta en contra de una equiparación. Además, un embrión no puede ser un "pariente" o una "persona allegada" en el sentido del § 35. Tampoco existe una necesidad políticocriminal para extender así el § 35, pues en las agresiones humanas al embrión es de aplicación la legítima defensa de terceros (§ 32); y en el supuesto de cualquier otro peligro al que pueda estar expuesta una embarazada, ella misma puede invocar el § 35, de igual modo que puede hacerlo una persona allegada en consideración a ella.

25 De manera indiscutida no concurre un peligro para la integridad física cuando el menoscabo que amenaza es insignificante [36]. Según la jurispr. insignificantes son sobre todo los malos tratos que no producen "un daño, aunque sea sólo pasajero, de la integridad corporal o la salud" (así por vez primera RGSt 29, 78, en un caso del § 255 [extorsión equiparada al robo]). La amenaza de simples golpes no es por tanto suficiente. Ello se fundamenta con el uso del lenguaje, que no permitiría hablar en tales casos de un "peligro para la integridad física o la vida" (RGSt 29, 78) o de un "estado de necesidad" (RGSt 66, 399). El BGH ha confirmado esta jurispr. (DAR 1981, 226). En cambio se

---

[29] Así sin embargo Timpe, JuS 1984, 863 s.
[30] Jakobs, AT², 20/9.
[31] Timpe, JuS 1984, 863.
[32] Así sin embargo OLG Hamm NJW 1976, 721.
[33] Stree, ²1975, 57; Jakobs, AT², 20/9, considera posible tal atenuación ya *de lege lata*.
[34] Sch/Sch/Lenckner²⁴, § 35, nm. 5; SK⁶-Rudolphi, § 35, nm. 5; Jakobs, AT², 20/8.
[35] Convincente LK¹⁰-Hirsch, § 35, nm. 12.
[36] LK¹⁰-Hirsch, § 35, nm. 16, pretende afirmar siempre un peligro para la integridad física cuando la lesión que amenaza encaje en el § 223, y excluir sin embargo tales casos con ayuda del § 35 I 2.

habrá de apreciar un peligro para la integridad física p.ej. en el supuesto de amenaza de pérdida de un dedo o de una inminente fractura de brazo. El si éstas pueden disculpar el homicidio de otra persona es una cuestión de exigibilidad (§ 35 I 2, cfr. nm. 54 s.). Los ataques a la libertad sexual no fundamentan sin más un peligro para la integridad física [37], sino sólo cuando amenazan con traer consigo lesiones por encima de umbral de los simples malos tratos; pero se pueden considerar un peligro para la libertad en el sentido del § 35 (cfr. nm. 28).

No son peligro para la integridad física en el sentido del § 35 los "peligros **26**
para todo el mundo" [38], a los que está expuesta del mismo modo toda la población (o la mayoría de ella). Esto rige para las situaciones de hambre en tiempos de guerra y posguerra, así como para los inconvenientes o perjuicios sanitarios que resultan de la falta de vivienda y calefacción. En cambio, puede volver a invocarse el § 35 cuando las molestias en el caso concreto superan ampliamente la medida general y amenazan de inmediato daños irreparables. Esto ha sido reconocido también por la jurispr. "Si las disposiciones económicas no pueden detener la muerte por hambre en el caso concreto, no se puede penar a los consumidores que, por un auténtico estado de necesidad, intentan conservar su vida infringiendo las disposiciones de racionamiento" [39]. Así, en el supuesto de falta de vivienda también fundamenta un estado de necesidad el "caso no precisamente frecuente... de que la situación existente suponga directamente un peligro inmediato para la integridad física o la vida de los habitantes" [40].

Estos principios rigen, como demuestra ya el nm. 26, también frente a **27**
disposiciones oficiales. Los inconvenientes o perjuicios para la salud que se derivan del racionamiento de alimentos y vivienda, pero también de privaciones oficiales de libertad (detenciones, arrestos), en la medida admitida legalmente, no representan estado de necesidad [41]. Pero si las repercusiones van más allá de esa medida puede existir perfectamente un estado de necesidad [42]. Así RGSt 41, 214, consideró ya posible la exculpación en un caso en que una madre se había llevado a su hijo del establecimiento tutelar, porque era de temer que el mismo perecería o sufriría graves daños allí. De igual modo unos malos tratos en un establecimiento penitenciario fundamentan una situación de necesidad (BGH ROW 1958, 33).

---

[37] Así sin embargo Jescheck, AT[4], § 44 I 1; Jakobs, AT[2], 20/8; Sch/Sch/Lenckner[24], § 35, nm. 6.

[38] v. Weber, MDR 1947, 78.

[39] OLG Kiel SJZ 1947, 674 s., con com. de v. Weber, que con razón sitúa el límite allí "donde el peligro permanente que se da con la infranutrición se transforma en un peligro actual para la integridad física o la vida".

[40] OLG Neustadt NJW 1951, 852.

[41] Cfr. OLG Kiel SJZ 1947, 674, para el racionamiento de alimentos, OLG Neustadt NJW 1951, 852, para el de vivienda, RGSt 54, 338 (341), para las privaciones de libertad.

[42] Como en las resoluciones citadas en el nm. 26.

28 El bien jurídico libertad, incluido por primera vez a efectos de estado de necesidad en la PG 1975 (cfr. nm. 22), designa en primer término la libertad ambulatoria en el sentido del § 239 [detenciones ilegales]. Además se habrá de añadir la libertad de autodeterminación sexual en el sentido de los §§ 177 [violación] y 178 [agresión sexual] [43]. Ello posee significación autónoma cuando la amenaza a la misma no fundamenta ya un peligro para la integridad física (cfr. nm. 25). La inclusión de estos casos se justifica porque, según la clase y la gravedad del ataque que amenaza, los mismos están aún más cerca del peligro para la vida y la integridad física que la privación de libertad ordinaria. En cambio, no se podrá considerar bien jurídico susceptible de estado de necesidad la libertad general de ejercicio de la voluntad. Quien para hacer frente a unas coacciones se injiere en los bienes jurídicos de personas no implicadas no está por tanto disculpado conforme al § 35. Ello rige con mayor razón para los menoscabos del libre desarrollo de la personalidad que ni siquiera poseen el carácter de coacción. Quien por miedo al regreso de un intruso *voyeur* no abandona ya nunca la vivienda por las noches no está por tanto, en contra de BGH NJW 1979, 2053 s., disculpado por el § 35 si pone fuera de combate de un disparo preventivo al visitante no deseado como fuente de un "peligro permanente" [44]. De otro modo se ampliaría desmesuradamente en contra de la clara intención del legislador (nm. 22 s.) el círculo de bienes jurídicos privilegiados por el § 35, porque la mayoría de los ataques a bienes jurídicos individuales menoscaban de alguna manera la libertad de accción de la víctima [45].

29 En correspondencia con las explicaciones acerca del peligro para la integridad física, las privaciones insignificantes de libertad, o sea los encierros cortos y sin peligro, no encajan en el § 35. Quien durante la visita a un palacio es encerrado en la habitación de los príncipes para gastarle una broma no está por tanto disculpado si se procura una salida destrozando la muy valiosa puerta, sino que debe esperar hasta que el encargado del palacio le libere en el próximo turno de visita. Tampoco una privación oficial de libertad conforme a Derecho (detención, arresto, ejecución de una pena privativa de libertad, etc.) fundamenta estado de necesidad (cfr. más detenidamente nm. 42); otra cosa sucede en caso de medidas coactivas y arbitrarias de un Estado contrarias a los principios propios del Estado de Derecho.

IV. El círculo de personas privilegiado

30 Sólo se exime de pena al sujeto cuando el peligro le amenaza a él, a un pariente o a otra persona allegada a él. Las "personas allegadas", que no se

---

[43] Acertadamente LK[10]-Hirsch, § 35, nm. 15.

[44] Acerca de la posibilidad de un estado de necesidad justificante en el caso concreto, más detenidamente § 16, nm. 74, así como Roxin, Jescheck-FS, 1985, 481 s.

[45] LK[10]-Hirsch, § 35, nm. 14.

contemplaban en el Derecho anterior, llegaron a la PG 1975 procedentes del P 1962. La expresión "otras personas a él allegadas", añadida a los "parientes", aclararía "que aquí encajan sólo personas que viven en comunidad doméstica con el sujeto que actúa en estado de necesidad o están ligadas a él de forma similar a los parientes" [46]. La limitación del privilegio del estado de necesidad a un estrecho círculo de personas se explica en el P 1962 por el hecho de que la "situación de presión anímica" que serviría de fundamento interno para la exculpación "la mayoría de las veces" sólo se produciría respecto de las personas citadas en la ley. Pero ésta es una fundamentación imprecisa, pues en el caso de los parientes lo importante de modo indiscutido no es si verdaderamente son allegados al sujeto, mientras que por otro lado el peligro que amenaza a una persona querida, pero en modo alguno allegada (v.gr. el admirado en secreto, cfr. nm. 31) puede producir una gran presión anímica sin disculpar el hecho realizado en estado de necesidad. En realidad, la regulación legal se explica por el hecho de que sólo en el caso del círculo de personas citado el hecho en sí desaprobado realizado en estado de necesidad halla tanta comprensión en la opinión pública que parece defendible desde el punto de vista de la prevención general una indulgencia del legislador. El recurso a la teoría de los fines de la pena para fundamentar la regulación del estado de necesidad (cfr. nm. 11) se confirma por tanto también en este caso.

Quién es pariente se recoge en el § 11 I n.° 1 *. Como "persona allegada" **31**
entran sólo en consideración, debido a la vinculación legal al concepto de parientes, aquellas personas respecto de las cuales el sujeto se halle en una relación establecida a la larga semejante al parentesco [47]. La misma existe sobre todo en las convivencias semejantes al matrimonio; pero también ha de apreciarse en otras personas que son admitidas con carácter estable en la propia vivienda. Cuando falta la convivencia, se podrá afirmar un "carácter de allegado" en caso de relaciones sexuales estables o de contacto personal estrecho con familiares fuera del círculo mencionado en el § 11 I n.° 1 (v.gr. tíos, tías, sobrinos, y sobrinas). También el padrinazgo puede fundamentar un "carácter de allegado", cuando la actuación del padrino, más allá de las atenciones convencionales, se asemeja al cuidado de un pariente. En cambio no son aún personas allegadas los amigos en el deporte, los amigos de partido,

---

[46] Aquí y en lo que sigue: BT-Drucks. IV/650, 161.

* Se trata por tanto de un concepto normativo definido en concreto y a sus efectos por el StGB. Con esta aclaración, me parece que se puede mantener sin adjetivación la traducción de "Angehöriger" por "pariente", pese a que ni todos los que están en el § 11 I n.° 1 StGB son "parientes" en el sentido de lenguaje ordinario (y seguramente tampoco en el del Derecho Civil) ni todos los «parientes» estén el citado precepto. Por ello tampoco importa que exista otra palabra alemana ("Verwandter") que significa tb. "pariente": el § 11 I n.° 1 StGB sólo considera "Angehörige" a algunos de los "Verwandte" [N. del T.].

[47] Según OLG Koblenz NJW 1988, 2317, una relación así puede existir en el supuesto de una "estrecha amistad", pero no en el de un "conocimiento superficial".

los vecinos, los colegas de profesión, etc., con los que se mantiene un trato social sustentado en la simpatía. Pues tales contactos se limitan a determinados ámbitos de la vida y no pueden colocarse en el mismo nivel que la relación de parentesco. Por eso tampoco el alumno es una persona allegada para el profesor. La relación ha de ser también bilateral; la diva del cine, a la que un joven ama más que a cualquier otra persona, pero que no sabe nada de ese afecto o al menos no lo corresponde, no es una persona allegada a él. Por otro lado, cuando se ha de apreciar un "carácter de allegado" (v.gr. en la relación con la "compañera en la vida"), lo importante, como en el caso de los parientes, no es si el peligro para la persona allegada ha puesto al sujeto en el caso concreto en una especial situación de coacción anímica.

V. La actuación para evitar el peligro

32 El tenor literal de la ley exige que el sujeto haya actuado "para evitar (afrontar, eludir, conjurar)... el peligro". Debe haber estado por tanto motivado por la voluntad de salvar, de modo que el mero conocimiento de la existencia del peligro todavía no exculpa. Quien p.ej. ejecutó gustoso como afiliado convencido al partido las acciones delictivas ordenadas por el régimen nacionalsocialista no queda impune por el simple hecho de que habría debido contar con un peligro para la integridad física o la vida en caso de negarse [48]. Los problemas que se producen en relación con los elementos subjetivos de justificación y que v.gr. en el estado de necesidad justificante sugieren una limitación al conocimiento de la situación material u objetiva justificante y una renuncia a la fuerza motivadora de la voluntad de salvar (cfr. más detenidamente § 14, nm. 94 ss.; § 16, nm. 90 s.) se plantean de otra manera en la exclusión de la responsabilidad. Pues aquí el sujeto —al contrario que en una situación de justificación— ha hecho en todo caso algo que objetivamente se ha de desaprobar; en la respuesta a la cuestión de si pese a ello se le puede eximir de pena se pueden tener perfectamente en cuenta sus motivos (como p.ej. también en la medición de la pena). Quien comete acciones conminadas con pena no para evitar el peligro, sino por impulso criminal precisa por razones tanto de prevención especial como general de una sanción. La *ratio* de la regulación del estado de necesidad (nm. 11) exige por tanto el motivo de salvar como presupuesto o requisito de la exculpación.

33 Frente a ello, Jakobs [49] propugna, "en contra del tenor literal" de la ley y en contra de la op. absolutamente dom., "exigir... para la exculpación sólo el conocimiento de la necesidad y del efecto de evitación, pero no que se actúe

[48] OGHSt 1, 313; BGHSt 3, 276.
[49] Jakobs, AT², 20/11; contra él tb. Küper, JZ 1989, 625.

para evitar". De otro modo la imputación del hecho dependería "de una circunstancia interna no exteriorizada"; ello contradiría el principio de responsabilidad por el hecho. No obstante, a un sujeto que gustoso y de manera solícita obedece órdenes delictivas no se le castiga por su actitud interna, sino por sus hechos. Solamente se le deniega la indulgencia que se le habría concedido si hubiera actuado por miedo por su propia persona o por sus allegados en vez de por motivos delictivos. Pero el que un motivo comprensible pueda eximir es un fenómeno habitual. Tampoco es cierto que, como estima Jakobs, "por la vía del análisis de la motivación se desplace, en perjuicio del sujeto, la carga de la prueba"; pues con tal de que quepa la posibilidad de que haya actuado para evitar el peligro, ha de partirse de ella en su favor.

No obstante, no es necesario que el motivo de salvar haya surgido de im- **34**
pulsos especialmente nobles ni que sea la finalidad última del sujeto. Quien salva a un familiar suyo dándose los requisitos del § 35 no por afecto hacia él, sino sólo porque no quiere parecer cobarde, o porque espera ser instituido heredero por el salvado, queda con todo exento de responsabilidad penal [50]. Los móviles últimos del actuar humano están sustraídos a la atención del Derecho; éste se conforma con el motivo de salvar.

VI. La denegación de la exclusión de la responsabilidad según el § 35 I 2 [50a]

1. Acerca de la *ratio* de la excepción

El § 35 I 2 deniega la exclusión de la responsabilidad cuando al sujeto le **35**
es exigible soportar el peligro. La posibilidad de denegación posee la forma de una cláusula general, que se ilustra mediante dos ejemplos: la causación por uno mismo del peligro y los deberes "en una posición (situación, relación) jurídica especial". Las excepciones surgen de la consideración a la colectividad y en esta medida son a la vez de índole preventivogeneral. Se diferencian sin embargo en la tendencia y en el grado de las restricciones preventivogenerales. Estas son más fuertes en el caso de "posiciones jurídicas especiales", en las que se hallan p.ej. los policías o los bomberos. La protección de bienes jurídicos sufriría inmediatamente un daño si tales profesionales se pudieran sustraer a sus deberes impunemente por miedo a peligros; por eso aquí no se prevé tampoco una posibilidad de atenuación. En cambio, en el supuesto de la propia causación del peligro la denegación de la exención de pena es una concesión a la conciencia jurídica de la colectividad; ésta no mostraría comprensión

---

[50] Cfr. respecto de tales casos v.gr. Baumann/Weber, AT[9], § 29 II 2 a; Schmidhäuser, StuB AT [2], 8/20.

[50a] Exposición monográfica con ulteriores indicaciones en Lugert, 1991.

hacia el hecho de que alguien se pudiera escapar impunemente, mediante ingerencias masivas (y por tanto no amparadas por el § 34) en los bienes jurídicos de personas no implicadas, de peligros provocados de manera culpable por él mismo. Sin embargo, dado que la prevención frente a una posible conmoción de la conciencia jurídica general es de menor urgencia que la evitación de los daños manifiestos que resultarían de la negativa de los profesionales encargados de evitar el peligro, se admite aquí de todos modos una atenuación facultativa de la pena. La misma rige también para los casos de la claúsula general común no recogidos por los dos grupos ejemplificativos, que en consecuencia han de explicarse igualmente por la consideración a la conciencia jurídica general.

36 Frente a ello, en los casos del § 35 I 2 fracasa completamente la explicación del estado de necesidad a partir de una restricción de la libre determinación de la voluntad (cfr. ya nm. 7 s.). Es cierto que en la fundamentación de la Comisión especial se dice [51] "que también aquí la sobrepresión que opera sobre la motivación puede ser de similar magnitud que en los auténticos casos de estado de necesidad" y que por eso se habría previsto una posibilidad de atenuación de la pena. Pero falta toda fundamentación de por qué v.gr. la presión psíquica que pesa sobre el sujeto en el caso del peligro causado por uno mismo habría de ser en general menor; si eso fuera lo importante, se debería conceder también aquí una exención de pena. Y cuando la Comisión atribuye —¡acertadamente!— la exclusión de toda posibilidad de atenuación también en el supuesto de las "posiciones jurídicas especiales" al "deber de protección" que incumbe al sujeto "frente a la colectividad", se muestra muy claramente la atención a la protección de bienes jurídicos como fundamento principal de la regulación; la referencia a que la elevada presión en la motivación podría ser tenida en cuenta "en el marco de la medición de la pena" no modifica en nada lo anterior.

37 La punibilidad en los casos del peligro causado por el propio sujeto no se puede tampoco armonizar con los princpios habituales de la imputación a la culpabilidad mediante la referencia a la *actio libera in causa* (a.l.i.c.) [52]. Pues, en primer lugar, en el sujeto que actúa en estado de necesidad —al contrario que en los casos de a.l.i.c.— no está excluida en el mometo de la comisión del hecho la asequibilidad normativa, de modo que ya por esta razón es imposible el recurso a la conducta precedente del sujeto; y, en segundo lugar, si fueran aplicables los principios de la a.l.i.c., en el supuesto, que aquí ocupa con mucho el primer plano, de causación imprudente del peligro sólo podría admitirse también una punición por imprudencia del sujeto que actúa en estado de necesidad. Pero ello contradiría claramente la ley [53].

---

[51] Aquí y en lo que sigue: BT-Drucks. V/4095, 16.
[52] Así sin embargo Sch/Sch/Lenckner[24], § 35, nm. 20.

La extendida doctrina que explica la exención de pena del § 35 por una concurrencia de disminución de culpabilidad y de injusto (cfr. nm. 9 s.) interpreta el § 35 I 2 de tal modo que "el injusto en sí disminuido... se vuelve a compensar por el injusto existente en la infracción de un deber especial de soportar el peligro", de manera que ya sólo concurre la "especial situación de presión anímica", que no basta por sí sola para la exculpación [54]. Prescindiendo de los reparos que se oponen a la relevancia de la disminución del injusto (cfr. nm. 10), no se puede sin embargo ocultar mediante la construcción en sí misma correcta de un especial "deber de soportar el peligro" el fundamento de éste, que es el único en proporcionar la verdadera explicación: son únicamente las consideraciones mencionadas de prevención general las que han conducido a imponer al sujeto en determinados casos un deber de soportar el peligro. 38

2. La posición jurídica especial

El sujeto que actúa en estado de necesidad sigue siendo por completo penalmente responsable conforme al § 35 I 2 si el mismo "había de soportar el peligro en atención a una posición jurídica especial". Sin embargo, en el § 35 I 2 no se expone más detenidamente cuándo sucede esto [55]. La Comisión especial [56] menciona como ejemplos "en particular los militares, funcionarios de la policía federal de fronteras y bomberos"; el P 1962 había mencionado además a los marinos, funcionarios de policía y guías de montaña [57]. En algunos casos tales deberes de soportar el peligro incluso están establecidos legalmente (§§ 6 WStG, 29 II ss., 106 y 109 SeemannsG); conforme a ello, quienes prestan el servicio civil (sustitutorio del militar para quienes objetan a éste) están también en una posición jurídica especial (§ 27 III ZivildienstG). También los "encargados de la ventilación (del control del nivel de gases)" en la mina estarían incluidos aquí (RGSt 72, 246). Se discute si ha de tratarse de especiales obligaciones frente a la colectividad [58] o si también son suficientes los deberes de protección existentes exclusivamente frente a personas concretas (relación padres-hijo, niñeras, guías privados de montaña). Se ha de estar de acuerdo con la concepción más restrictiva, pues la Comisión especial basó la denegación de toda atenuación de la pena precisamente en que "las 39

---

[53] Una crítica semejante en LK[10]-Hirsch, § 35, nm. 47; SK[6]-Rudolphi, § 35, nm. 11.

[54] SK[6]-Rudolphi, § 35, nm. 11; igualmente LK[10]-Hirsch, § 35, nm. 47; para las "especiales posiciones jurídicas" tb. Sch/Sch/Lenckner[24], § 35, nm. 22.

[55] Acerca de la falta de concreción de esta variante del § 35 I 2 Bernsmann, Blau-FS, 1985, 38 ss. El mismo llega a opinar: "En realidad sería imposible ofrecer una delimitación siquiera medianamente precisa del concepto de 'posición jurídica especial'" (p. 41).

[56] BT-Drucks. V/4095, 16.

[57] BT-Drucks. IV/650, 161.

[58] A favor LK[10]-Hirsch, § 35, nm. 53; SK[6]-Rudolphi, § 35, nm. 12; Sch/Sch/Lenckner[24], § 35, nm. 22. En contra Bernsmann, Blau-FS, 1985, 40; Lugert, 1991, 132 ss.

personas en cuestión" han asumido "un especial deber de protección frente a la colectividad" [59].

40 Con ello no se exige que los deberes de protección hayan de basarse en el Derecho público; también el médico o el personal de un hospital tienen un deber de protección frente a la colectividad y no pueden sustraerse al servicio de la salud pública mediante la alegación de posibles peligros de contagio. Además, no se opone a la existencia de una posición jurídica especial el que la misma surja en el caso concreto sólo mediante un acto jurídico específico. Así, el juez tiene frente a la colectividad un deber intensificado de soportar peligros, aun cuando sólo entra en contacto con un determinado asunto mediante la pendencia del mismo ante él (litispendencia). Por tanto, si el mismo prevarica por miedo a las amenazas de una de las partes, está sujeto al marco penal no atenuado del § 336. También v.gr. el socorrista de una piscina ocupa una posición jurídica especial, pues, aun cuando los bañistas han de pagar entrada para estar bajo su vigilancia, tiene un deber para con todo el mundo anónimo, sin consideración de la persona concreta. En cambio, el guía de montaña (¡al contrario que el miembro del servicio de salvamento!) mencionado en el P 1962 no encaja aquí si trabaja para unos turistas concretos en virtud de un contrato individual. Para él, así como para otras personas encargadas de prestar asistencia o socorro o para los miembros de una comunidad de peligro (expediciones, cordadas), rigen sin duda también especiales deberes de protección, pero encajan en la cláusula general del § 35 I 2 (nm. 53) y pueden por ello beneficiarse en su caso de una atenuación de la pena.

41 Se reconoce que el deber intensificado de soportar el peligro sólo rige para peligros específicos de la profesión [60]. Un médico que resulta víctima de un naufragio no tiene por tanto por qué dar preferencia v.gr. a otros pasajeros en el momento del salvamento [61]. Así, según la jurispr. del BGH (NJW 1964, 731), un agente ejecutivo de policía debe "en determinadas circunstancias arriesgar su vida cuando interviene en la detención de un delincuente armado o en la represión de una revuelta"; pero puede invocar el § 35 cuando es forzado por un poder estatal delictivo (¡régimen nacionalsocialista!) a cometer delitos y en caso de negarse correría "serio peligro de sufrir él mismo la muerte". No obstante, tampoco en el supuesto de peligros específicos de la profesión se puede exigir que el que tiene el deber de protección asuma la muerte segura o altamente probable; el Derecho exige soportar peligros, pero no el sacrificio consciente de la propia vida. Esta restricción se puede conciliar sin más con el tenor literal del § 35 I 2, porque a la "posición jurídica especial" se ha de añadir aún la exigibilidad de soportar el peligro.

---

[59] BT-Drucks. V/4095, 16.
[60] Con dudas, sin embargo, Bernsmann, Blau-FS, 1985, 40.
[61] Timpe, JuS 1985, 35.

Entre las posiciones jurídicas especiales se cuentan también generalmente los deberes legales de tolerar o soportar, como el deber de aceptar ingerencias en el propio cuerpo (v.gr. conforme a los §§ 81 a StPO, 17 IV 3 SoldG, y 17 II GeschlKrG) o de soportar privaciones de libertad (p.ej. conforme a los §§ 127, y 112 StPO o en el cumplimiento de penas privativas de libertad). Pero aquí es mejor excluir ya un estado de necesidad en el sentido del § 35 I 1 (cfr. ya nm. 27, 29): los derechos de coacción del Estado desde un principio no fundamentan una carga desproporcionadamente alta, como la requerida por el § 35 I 1. Por tanto, el § 35 I 2 sólo es de aplicación en el supuesto de deber de asunción de peligros desproporcionadamente altos. Sólo rige otra cosa cuando un inocente ha sido condenado en firme a una pena privativa de libertad, pues el ordenamiento jurídico no quiere una ingerencia así. Aquí concurre por tanto un estado de necesidad, que sin embargo en un Estado de Derecho sólo puede ser resuelto por la vía de la revisión y que por lo demás ha de asumirse [62]. Como no se trata de deberes de protección frente a la colectividad, esta constelación pertenece sin duda también al ámbito de la cláusula general de exigibilidad; ello tiene a la vez la ventaja de que al sujeto se le puede conceder al menos una atenuación de la pena. 42

Quien ocupa una posición jurídica especial debe soportar también el peligro cuando el mismo no le amenaza a él, sino a un pariente o persona allegada [63]. Pues el bien común resultaría dañado si p.ej. en casos de catástrofes las personas nombradas para proteger a la colectividad pudieran omitir impunemente su deber y ocuparse, en su lugar, de sus parientes y demás personas allegadas. En el caso inverso (p.ej. la mujer del capitán salva a su marido a costa de los pasajeros) se ha de denegar igualmente, con la op. dom., la invocación del estado de necesidad, pese a que el tenor literal de la ley que se fija en el sujeto que actúa en un estado de necesidad ocupando una posición especial de autoridad, parece apuntar en contra de ello. Pero la cláusula general de exigibilidad permite imponerle también a la persona allegada que soporte el peligro. El buen funcionamiento de los dispositivos establecidos para proteger a la colectividad exige que no sólo quien tiene el deber de soportar el peligro cumpla con su deber, sino que también las personas allegadas al mismo tengan en cuenta la especial misión de éste. No obstante, se podrá favorecer a quien se halla fuera de la posición jurídica especial con la posibilidad de atenuación de la pena que se prevé para los casos de la cláusula de exigibilidad [64]. 43

3. El peligro causado por el propio sujeto

El sujeto tampoco puede invocar el § 35 cuando le es exigible soportar el peligro porque él "mismo (lo) ha causado". La regulación del estado de necesidad vigente antes de 1975 había hablado de un estado de necesidad "no provocado culpablemente". El tenor literal modificado de la nueva ley dejaría claro según la Comisión especial [65] que para la exclusión del estado de necesidad "basta una causación y no sólo la culpable". Sin embargo, con ello se 44

---

[62] Op. dom.; de otra opinión Sch/Sch/Lenckner[24], § 35, nm. 26. Acerca del problema análogo en el § 34 cfr. § 16, nm. 48.
[63] Op. dom.; de otra opinión SK[6]-Rudolphi, § 35, nm. 14.
[64] Cfr. tb. Sch/Sch/Lenckner[24], § 35, nm. 29.
[65] BT-Drucks. V/4095, 16.

han creado más ambigüedades que las que se han disipado, pues la mera causación del peligro no puede ser suficiente para la denegación de la exclusión de la responsabilidad [66]. Cuando p.ej. alguien se expone, al realizar un testimonio conforme a la verdad ante el tribunal, al peligro de ser asesinado por los secuaces del sujeto al que se juzga, y debido a la correspondiente amenaza testifica falsamente desde entonces, no se le puede privar en su caso de la invocación del § 35, pues el cumplimiento de un deber ciudadano no puede ser castigado con la privación del privilegio del estado de necesidad. Lo mismo rige incluso cuando alguien se pone en peligro mediante una denuncia, al entablar un proceso o incluso sólo por hablar sinceramente; el que se tratara peor a quien cae en un estado de necesidad por ejercer derechos ciudadanos que a otros sujetos que actúan en estado de necesidad atentaría contra el principio de igualdad.

45 Por tanto, para la exclusión del privilegio del estado de necesidad se debe exigir más que una causación del peligro. El tenor literal de la ley no contradice lo anterior, porque éste no se fija únicamente en la causación, sino en si en *virtud de ella se le puede exigir al sujeto que soporte el peligro. Todo desem*boca por tanto en los presupuestos de la exigibilidad. Una opinión extendida aprecia una supresión del privilegio del estado de necesidad en caso de producción objetivamente contraria a deber de la situación coactiva (disyuntiva) [67]; algunos autores exigen una causación subjetivamente contraria a deber o culpable de la situación de necesidad [68]; otros distinguen [69] o atienden al caso concreto [70] o a la "competencia * del sujeto respecto de la causa de la situación de necesidad" [71].

46 El estado de la discusión es por tanto confuso, máxime en cuanto que faltan resoluciones clarificadoras relativas al nuevo Derecho [72]. Entre la jurispr. relativa al Derecho anterior se han de mencionar RGSt 54, 338; 72, 19; y BGH ROW 1958, 33. Las resoluciones del RG consideran provocado culpablemente

---

66 Aparentemente de otra opinión Baumann/Weber, AT^{9}, § 29 II 2 b.

67 LK^{10}-Hirsch, § 35, nm. 49 s.; SK^{6}-Rudolphi, § 35, nm. 15 s.; Maurach/Zipf, AT/1^{8}, 34/5; Wessels, AT^{20}, § 10 VII 1.

68 Sch/Sch/Lenckner^{24}, § 35, nm. 20; Jescheck, AT^{4}, § 44 III 2 a.

69 Blei, AT^{18}, § 61 II 1 a.

70 Dreher/Tröndle^{46}, § 35, nm. 11.

* Sobre la traducción de "Zuständigkeit" como "competencia" (y "zuständig" como "competente") en la terminología utilizada por Jakobs (y quienes le siguen) en su sistema funcional del Derecho penal, con raíces en la teoría sistémica, y sobre las posibles alternativas de traducción (como "responsabilidad" e "incumbencia"), cfr., entre otros, Díaz y García Conlledo, N. del T.**** de la trad. del trabajo de Jakobs, Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos, en: Mir Puig/Luzón Peña (coordinadores), Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, Barcelona, J. M. Bosch, 1996, 75 ss. (76) [N. del T.].

71 Timpe, JuS 1985, 36; Jakobs, AT^{2}, 20/16.

72 Tampoco aporta esta clarificación OLG Oldenburg NJW 1988, 3217, que, si bien en caso de mera causación encomienda al tribunal de instancia el examen de la exigibilidad, no se pronuncia sin embargo sobre los criterios y el resultado de tal examen.

un estado de necesidad cuando el sujeto, en virtud de un delito anterior, ha de contar con una denuncia y para evitar la misma delinque de nuevo. Sin embargo, no se podrá calificar en ningún caso de estado de necesidad en el sentido del § 35 la amenaza de un proceso penal (cfr. nm. 27, 29 y 42). Conceptos como "contrario a deber", "antijurídico", o "culpable", que también se usan aún hoy mayoritariamente, son poco adecuados para solucionar el problema, porque la autopuesta en peligro no está prohibida. Es recomendable por tanto, renunciando a estos términos, describir así los presupuestos bajo los cuales la invocación del estado de necesidad debería estar excluida: el sujeto sigue siendo responsable por su conducta cuando sin razón suficiente se ha expuesto a un peligro que previsiblemente podía conducir a una situación de estado de necesidad. La evitación de tales peligros no es un deber, sino una carga, en caso de cuya inobservancia el sujeto pierde el privilegio del estado de necesidad [73].

En el enjuiciamiento de la cuestión de cuándo alguien se ha expuesto sin **47**
razón suficiente a un peligro se habrá de distinguir entre peligros procedentes de otras personas y peligros naturales. Si alguien es puesto en peligro por otras personas, su privilegio del estado de necesidad permanece intacto en tanto que se haya comportado de manera socialmente adecuada (cfr. los ejemplos del nm. 44) [74]. Quien por el contrario de manera imputable injuria o perjudica de cualquier otro modo a otro ha de atribuirse a sí mismo los peligros que de manera previsible surgen de ahí y no se puede librar de ellos impunemente a costa de otros. Cuando alguien se expone a peligros naturales, posee una razón suficiente para ello en la medida en que pretenda ayudar a otros o (como en las exploraciones o viajes de investigación) promover un provecho social, siempre que la puesta en peligro reconocible de sí mismo o de otros no sea preponderante desde un principio sobre el provecho.

Sin embargo, se ha de tener siempre en cuenta que un hecho realizado en **48**
estado de necesidad no es aún punible sin más si el sujeto se había puesto en peligro sin razón suficiente. Debe haber sido además previsible la producción de una situación de necesidad. Ya RGSt 36, 340 [75] declaró, en relación con la exigencia de provocación culpable del Derecho anterior, que la provocación culpable del estado de necesidad que excluiría la impunidad no sería idéntica a la provocación culpable del peligro, "en cuanto que el primer concepto incluye en sí no sólo la producción del peligro, sino también la circunstancia de que la salvación respecto del mismo sólo sería posible mediante la inge-

[73] Ampliamente de acuerdo: Hruschka, StrafR², 286 ss.

[74] Según OLG Oldenburg NJW 1988, 3217, una infracción de la WaffG posiblemente no sería disculpable, cuando el propio acusado ha "causado el peligro para su vida al actuar voluntariamente como informador de la Defensa Constitucional en la lucha antiterrorista". Ello no convence, porque una actuación de esa índole no es socialmente objetable.

[75] Asimismo RGSt 72, 249; BGH ROW 1958, 34; op. absolutamente dom.

rencia en derechos ajenos". A efectos prácticos ello significa: cuando alguien emprende con otro una excursión náutica peligrosa, se deja negligentemente en casa su chaleco salvavidas, zozobra en la tempestad y se salva arrebatándole al acompañante el chaleco salvavidas y abandonándole a la muerte entre las olas, es penalmente responsable conforme al § 212; pues no sólo el peligro, sino también la necesidad de salvarse a costa de otro era previsible. Si por el contrario el sujeto llevó consigo un chaleco salvavidas cuidadosamente revisado y éste resulta imprevisiblemente ineficaz, se produce *ceteris paribus* una exclusión de la responsabilidad [76]; pues no se puede hacer al sujeto responsable de su situación de necesidad. No obstante, lo importante, siendo riguroso, es la imprevisibilidad de la situación de necesidad, no de la acción en estado de necesidad: aun cuando el sujeto del ejemplo, que se dejó el chaleco salvavidas en casa, no pudiera prever que su acompañante llevaría consigo uno, el mismo sigue siendo penalmente responsable cuando lo mata al quitárselo [77].

49 Hay que tener en cuenta también que aun cuando el sujeto haya provocado una situación de necesidad sin razón suficiente y con previsibilidad, en los casos más leves puede tener lugar incluso una justificación conforme al § 34. Quien por ir equipado de modo plenamente insuficiente en una escalada cae en una situación de necesidad en la montaña y, como era de esperar desde un principio, sólo puede salvarse de la congelación entrando por la fuerza en un refugio privado de montaña, está no obstante justificado en su allanamiento de morada por la existencia de intereses sustancialmente preponderantes; pues el criterio de la causación del § 35 I 2 no es trasladable al § 34 (más detenidamente § 16, nm. 50 ss.). La punición del hecho realizado en estado de necesidad por "causación" del peligro "por el propio sujeto" sólo se plantea por tanto cuando existan menoscabos graves de bienes jurídicos.

50 También en el supuesto de peligro causado por el propio sujeto se plantea la cuestión de qué sucede cuando la persona que causa el peligro y la salvada no son idénticas (acerca del problema análogo en las posiciones jurídicas especiales cfr. nm. 43). ¿Resulta impune un padre cuando pone culpablemente a su familia en una situación de necesidad y sólo puede salvarla de ella perjudicando a personas no implicadas? El tenor literal de la ley parece atender, para denegar el privilegio, a una causación por el sujeto que actúa en estado de necesidad, y también la Fundamentación de la Comisión especial estima que "únicamente se ha de tener en cuenta la conducta del sujeto que actúa en estado de necesidad" [78]. La consecuencia de que el padre debe ser castigado no resulta sin embargo muy plausible, pues si un padre es culpable del peligro que amenaza a su familia, simplemente se sentirá mucho más fuertemente obligado a salvarla de él —aunque sea a costa de terceros—. Y también la opinión pública tendrá comprensión hacia esa motivación, de modo que la consideración a la conciencia jurídica general no exige la punición: "nada

---

[76] Cfr. SK^6-Rudolphi, § 35, nm. 16.

[77] En esta medida resulta acertada la crítica de Jakobs, AT^2, 20/17, al criterio de la previsibilidad de la op. dom.

[78] BT-Drucks. V/4095, 16; así tb. Sch/Sch/Lenckner^{24}, § 35, nm. 20 a; Maurach/Zipf, AT/1^8, 34/6.

parece más indicado que salvar a los parientes a los que uno mismo ha puesto en peligro de muerte de manera contraria al deber" [79]. Por eso se ha de apreciar por regla general que al sujeto no le es exigible soportar el peligro pese a la causación por él mismo de la situación de necesidad. Ello se sigue pudiendo conciliar por completo con el tenor literal de la ley en virtud del posible recurso a la cláusula general de exigibilidad [80].

En el caso inverso, en el que el salvado y no el sujeto que actúa en estado 51
de necesidad haya causado el peligro (la mujer se pone "culpablemente" en una situación de necesidad; su marido la salva lesionando a un tercero), se habrá de apreciar igualmente por regla general una exclusión de la responsabilidad [81]. A favor de ello está no sólo el tenor literal de la ley (el sujeto que actúa en estado de necesidad no ha "causado" el peligro), sino también la circunstancia de que el salvador de su mujer (o de otra persona especialmente allegada) merece indulgencia, siendo indiferente cómo haya llegado aquélla a su situación. El contraargumento de que el salvador no podría exigir una indulgencia que se le denegaría al propio salvado en caso de acción propia en estado de necesidad no convence. Pues la conciencia jurídica general tolera mucho mejor una exención de pena en caso de actuación altruista que en caso de actuación egoísta. En el peligro causado por el propio sujeto sucede por tanto justamente al revés que en las posiciones jurídicas especiales: mientras que en éstas la salvación de personas allegadas a costa de terceros es igual de punible que la salvación por personas allegadas del que tiene el deber de soportar el peligro (cfr. nm. 43), aquí la salvación de los allegados por el causante del peligro es por regla general igual de impune que la del causante del peligro por los allegados. Por tanto, la causación del peligro impide una indulgencia hacia el sujeto que actúa en estado de necesidad en menor medida por tanto que la vinculación por una posición jurídica especial; con ello se corresponde el hecho de que al causante del peligro penalmente responsable se le pueda conceder una atenuación que se veda por completo a quienes ocupan una posición jurídica especial.

4. Otros casos en que es exigible soportar el peligro

Los deberes de soportar el peligro en virtud de una posición jurídica especial 52
o de la causación del peligro son sólo ejemplos. Lo decisivo es si al sujeto "se le podía exigir soportar el peligro". La cláusula de exigibilidad posibilita en primer lugar realizar correcciones en el ámbito de las posiciones jurídicas

---

[79] Jescheck, AT[4], § 44 III 2 a.

[80] Así tb. la opinión mayoritaria; cfr. simplemente Jescheck, AT[4], § 44 III 2 a; LK[10]-Hirsch, § 35, nm. 51; SK[6]-Rudolphi, § 35, nm. 17; Schmidhäuser, StuB AT[2], 8/25; de otra opinión Jakobs, AT[2], 17/75.

[81] Muy discutido; de otra opinión sobre todo Jakobs, AT[2], 17/75; LK[10]-Hirsch, § 35, nm. 65; SK [6]-Rudolphi, § 35, nm. 17.

especiales y de la causación del peligro: tampoco al militar, policía y bombero se le ha de exigir el sacrificio seguro de su propia vida; también el causante del peligro puede aún invocar (sobre todo en relación con las personas allegadas) en determinadas circunstancias el § 35. Estos casos en los que la cláusula de exigibilidad produce un efecto restrictivo de la punibilidad ya han sido expuestos en los nm. 41 y 50 s. Pero junto a ello, la cláusula de exigibilidad posee también una función de extensión de la punibilidad, en cuanto que en determinadas circunstancias exige soportar el peligro también fuera de las posiciones jurídicas especiales y de la causación del peligro. En este contexto se ha de llamar especialmente la atención sobre dos grupos de casos: las posiciones de garante y la desproporción del daño causado.

53 Se habrá de afirmar también un deber intensificado de soportar el peligro en las relaciones que fundamenten una posición de garante en el marco de los delitos de omisión. Estas sólo encajan en las "posiciones jurídicas especiales" del § 35 en la medida en que se trate de deberes frente a la colectividad (cfr. nm. 39 s.). Pero también más allá de ellas se habrá p.ej. de exigir a un marido que, en caso de peligros que amenacen a la familia (catástrofe por bombas, por incendio, marítima, accidente de tráfico), no deje en la estacada a su mujer e hijos, sino que les ayude conformándose con la propia puesta en peligro. Si no lo hace, puede contar, al contrario que en el caso de la desatención de deberes frente a la colectividad, con un marco penal atenuado, pero no con la exención de pena. Lo mismo rige también para otras posiciones de garante, como v.gr. comunidades de peligro en expediciones y ascensiones a montañas, o para posiciones de vigilancia y asistencia o socorro (guías de montaña, maestros). En el supuesto de los grupos de resistencia en Estados totalitarios se ha de apreciar igualmente, desde la perspectiva de la comunidad de peligro, un deber intensificado de soportar el peligro (cfr. OLG Freiburg HESt 2, 200; OGHSt 3, 130). Un miembro no puede invocar sin más el § 35 cuando se sustrae a una puesta en peligro traicionando a sus compañeros. En cambio, la posición de garante derivada de actuar precedente (ingerencia) no encaja inmediatamente aquí, sino en el ámbito de la causación del peligro por el propio sujeto (nm. 44 ss.).

54 Además hay que apreciar un deber de soportar el peligro en el supuesto de desproporción del daño causado. Ello no significa que el daño evitado haya de ser mayor que el ocasionado; tales constelaciones encajan la mayoría de las veces ya en el § 34. P.ej. puede "también ser disculpable el homicidio de otro ejecutado para hacer frente a un mero estado de necesidad para la integridad física" (RGSt 66, 400). Igualmente está disculpado el homicidio de varias e incluso numerosas personas cuando no se puede salvar la propia vida de otra manera (BHG NJW 1964, 730). Pero queda fuera de toda proporción y no merece indulgencia el que alguien aniquile la vida de inocentes o les ocasione un daño grave permanente para evitar daños corporales reparables.

No obstante, en la clasificación de los supuestos de desproporción hay que distinguir. Los simples malos tratos sin daño para la salud o la integridad física no producen desde un principio un estado de necesidad para la integridad, y por tanto no se han de descartar sólo por la vía del § 35 I 2 (cfr. nm. 25). En cambio, p.ej. la amenaza de una fractura de brazo o una contusión grave fundamentan un estado de necesidad para la integridad física, de modo que está excluida la responsabilidad jurídicopenal cuando alguien sólo puede sustraerse a estos peligros ocasionando a otro daños análogos. Pero si para evitar tales perjuicios mata a otro o le ocasiona una parálisis por sección medular, ello ya no es entonces tolerable; es imposible aquí, por razones de prevención general, la exención de pena. También el grado del peligro amenazante puede conducir a la desproporción de una acción realizada en estado de necesidad. Ello tiene importancia sobre todo en las puestas en peligro de la vida, que, si alcanzan un nivel muy elevado, exculpan cualquier conducta salvadora necesaria. Pero también cuando la probabilidad de perder la propia vida sólo asciende al 10 %, ello es ya un peligro de muerte (cfr. nm. 15), cuya evitación puede disculpar la lesión de otro. Sin embargo, no se puede eximir de pena a un sujeto que actúa en estado de necesidad cuando para conjurar un peligro proporcionalmente tan lejano entrega a una persona no implicada a la muerte segura. Aquí sigue siendo exigible soportar el peligro relativamente pequeño. **55**

5. La medición de la pena cuando sea exigible soportar el peligro

Cuando alguien ha actuado en virtud de una situación de necesidad del § 35 I 1, pero le era exigible soportar el peligro, la pena puede ser atenuada conforme al § 49 I. Esto solamente no rige cuando el sujeto había de soportar el peligro en atención a una posición jurídica especial. Esta diferenciación está justificada desde puntos de vista de prevención general (cfr. nm. 35) [82]. No obstante, a menudo se defiende la opinión de que la exclusión de una atenuación del marco penal en el supuesto de "posiciones jurídicas especiales" difícilmente se podría conciliar con el principio de culpabilidad [83]. Estos temores resultan por regla general infundados, porque la escasa culpabilidad de quien tiene el deber de soportar el peligro se puede tener en cuenta dentro del marco penal ordinario. Los §§ 212, 213, 223 y 223 a [homicidio, caso menos grave de homicidio, lesiones y lesiones con medios o circunstancias peligrosas, respectivamente], que son los más frecuentemente aplicables, posibilitan unas penas tan bajas, que no es de esperar una magnitud excesiva de la pena. Sólo existiría una vulneración del principio de culpabilidad en el supuesto de un hecho realizado en estado de necesidad contra el § 211 [asesinato], porque el **56**

---

[82] De otra opinión Jakobs, AT², 20/19.

[83] Stree, ²1975, 75; Jescheck, AT⁴, § 44 IV 2; Sch/Sch/Lenckner²⁴, § 35, nm. 37; SK⁶-Rudolphi, § 35, nm. 18 a.

marco penal absoluto no permite tener en cuenta el carácter atenuado de la culpabilidad. Sin embargo, en muy escasas ocasiones sucederá que un sujeto que actúa en estado de necesidad realice el tipo del § 211; cuando suceda, se habrá de proceder a una atenuación extralegal de la pena aplicando los principios de BGHSt 30, 105.

57 La atenuación facultativa de la pena que se concede en los demás casos de inexigibilidad se ha de extender, más allá de los casos del § 35 I 2, a aquellas constelaciones del § 35 I 1 en las que la exigibilidad desempeñe un papel (cfr. nm. 19) [84]. Por tanto a quien no es eximido de pena sólo porque le era exigible el empleo de un medio más moderado o benigno, se le puede imponer una pena más benigna por aplicación analógica del § 35 I 2.

58 Si concurren los presupuestos de una atenuación de la pena conforme al § 49 I, hay que atenuar por regla general. Sólo es posible no hacerlo cuando la disminución de la culpabilidad es insignificante, como puede suceder en el supuesto de desproporción crasa entre el daño causado y el evitado.

VII. La suposición errónea de una situación de necesidad

59 El legislador ha creado una regulación específica para el error sobre los presupuestos objetivos o materiales del § 35: según el § 35 II, el mismo excluye la responsabilidad jurídicopenal en caso de ser invencible y conduce en los demás casos a una atenuación obligatoria de la pena conforme al § 49 I. Para una interpretación psicológica del privilegio del estado de necesidad como la que se transluce aún en la Fundamentación de la Ley (cfr. nm. 7 s.), habría resultado sin duda más indicada otra regulación. Dado que la presión psíquica bajo la que se halla el sujeto es la misma en un estado de necesidad solamente imaginario que en uno real, la solución correcta habría sido equiparar el error a la situación real de estado de necesidad [85]. Sin embargo, ello no habría sido adecuado (y pone de manifiesto la insuficiencia de una explicación psicológica del § 35). Pues ni siquiera un estado de necesidad realmente existente excluye la culpabilidad del sujeto, sino que sólo conduce a que el legislador no le haga responsable por su hecho por falta de necesidad preventiva de punición. Estas necesidades preventivas varían cuando el estado de necesidad sólo existe en la representación del sujeto. No sería compatible con la misión de una protección jurídicopenal eficaz de bienes jurídicos el dejar impunes, simplemente por una representación venciblemente errónea del sujeto, delitos dolosos y antijurídicos que no tienen su origen en una situación objetiva de coacción (disyuntiva). Por el contrario, la responsabilidad sólo puede ser excluida cuan-

[84] Sch/Sch/Lenckner[24], § 35, nm. 13 a.

[85] En este sentido el § 23 PA. En su Fundamentación se dice (loc. cit., p. 61): "El llamado estado de necesidad disculpante putativo es un auténtico estado de necesidad; no se trata de un problema de error, sino de exigibilidad". Según ello debería ser posible siempre que la provocación culpable del error repercutiera en la exigibilidad; pero no se aclaró cómo debía suceder esto.

do el sujeto ha examinado tan cuidadosamente la situación que no se le puede hacer ningún reproche por su error. En otro caso, su situación en lo que se refiere a la motivación ya se tiene en cuenta de manera suficiente mediante una atenuación de la pena. La regulación legal es por tanto acertada.

La jurispr. anterior a la entrada en vigor de la nueva PG había defendido una solución que discrepaba tanto del § 35 II como de la equiparación del estado de necesidad a su suposición errónea. Según BGHSt 5, 371 (374), concurriría (siguiendo al RG) un juramento falso imprudente (§ 163) cuando el sujeto, en la suposición venciblemente errónea de no poder eludir un peligro, hubiera jurado en falso. BGHSt 18, 311 s., había confirmado esta jurispr. para los homicidios cometidos en un imaginario estado de necesidad derivado de una orden, pero sólo había considerado posible el castigo por el § 222 [homicidio imprudente] (en vez de los §§ 211 [asesinato] y 212 [homicidio]) cuando el sujeto había examinado al menos otras salidas. La concepción subyacente a ambas sentencias de que la suposición errónea de circunstancias exculpatorias excluiría el dolo siempre o al menos tras un examen (aunque sea insuficiente) [86] no está sólo políticocriminalmente expuesta a casi las mismas objeciones que la solución de la equiparación (nm. 59), sino que es también dogmáticamente insostenible. Pues si un estado de necesidad realmente existente no modifica en nada el carácter doloso del hecho (sino que sólo excluye en su caso la responsabilidad), naturalmente su suposición errónea tampoco puede poseer influencia en el dolo. 60

El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de exculpación (error de exculpación) no es por tanto un auténtico caso de estado de necesidad, sino una categoría autónoma de error junto al error de tipo, al de justificación y al de prohibición. En particular no se ha de confundir el error de exculpación con el error de prohibición. Quien se resuelve a cometer un delito por una amenaza simulada de asesinato sabe perfectamente que actúa antijurídicamente y se equivoca únicamente sobre un supuesto de hecho exculpante. También las consecuencias jurídicas del error de exculpación se distinguen de las de otras clases de error. No obstante, se asemejan a las del error de prohibición, pero, mientras conforme al § 35 II la atenuación de la pena es obligatoria en el error de exculpación vencible, en el caso correspondiente de error de prohibición (§ 17) es sólo facultativa. La divergencia se basa en que los casos de hostilidad al Derecho, que conducen en el error de prohibición a una denegación de la atenuación de la pena (§ 21, nm. 8 s., 67), no tienen parangón en el error de exculpación. 61

Pese a la autonomía del error de exculpación respecto del resto de las clases de error, el mismo puede producirse junto a otra de ellas. En tal caso sólo 62

[86] El § 20 del P 1962 preveía tb. una regulación así.

posee trascendencia práctica la concurrencia de error de exculpación y error de prohibición, pues en no pocas ocasiones un sujeto que se equivoca sobre circunstancias de exculpación considerará ya permitida su conducta. En un caso así hay que examinar ambos errores por separado. Si p.ej. alguien realizó un tipo penal cumpliendo órdenes durante la época de Hitler y creyó erróneamente que sería fusilado si se negaba, pero que además su hecho estaba permitido en las circunstancias de la época, entonces se hallaba simultáneamente en un error de prohibición y en un error de exculpación. Si el error de prohibición era invencible, se ha de absolver al sujeto conforme al § 17 inc. 1, aun cuando se pudiera vencer el error de exculpación. Si, a la inversa, el error de exculpación era invencible, la responsabilidad del sujeto está excluida conforme al § 35 II, aun cuando el error de prohibición no merezca exculpación. Si ambos errores eran vencibles, entonces el sujeto sigue siendo penalmente responsable, pero sin embargo es aplicable una doble reducción del marco penal. Si el error de prohibición se debía a hostilidad al Derecho (lo que es posible en el caso de delitos violentos nacionalsocialistas), hay que seguir atenuando la pena conforme al § 35 II; sin embargo, en tal caso se ha de examinar con especial cuidado si el sujeto actuó "para evitar el peligro" (cfr. nm. 32 ss.).

63 El caso más craso de error de exculpación es aquel en que el sujeto sólo se imagina el peligro que le amenaza. Tales constelaciones se producen con mayor frecuencia cuando alguien se cree erróneamente amenazado (v.gr. por los secuaces de un delincuente) y, para hacer frente al peligro, comete un delito (p.ej. un perjurio); también encaja aquí el estado de necesidad derivado de una orden supuesto erróneamente en un régimen dictatorial. Pero existe igualmente un error de exculpación cuando el sujeto que realmente se halla en una situación de necesidad no se percata de que el peligro es evitable de otro modo (RGSt 64, 32; OLG Hamm NJW 1958, 271; VRS 35 [1968], 342) o no es actual (BGHSt 5, 374), o cuando desconoce circunstancias que fundamentan un deber intensificado de soportar el peligro (v.gr. la responsabilidad del propio sujeto por la creación de la situación de necesidad). También actúa bajo los presupuestos del § 35 II quien en un hecho realizado en estado de necesidad cree erróneamente, a consecuencia de una confusión, que el por él salvado es un pariente.

64 La ley no ha regulado el caso de que un sujeto que tiene el deber de soportar el peligro conforme al § 35 I 2 incurra en un error sobre los presupuestos del § 35 I 1; p.ej. alguien que ha causado él mismo el peligro no se percata de que hay además otras posibilidades de evitarlo, o un policía que se cree erróneamente amenazado se salva a costa de una persona no implicada. Ni siquiera un error invencible puede excluir aquí la responsabilidad; pues, cuando ni siquiera si existiera la situación supuesta desaparecería la responsabilidad jurídicopenal, con menor razón puede producir ese efecto la mera represen-

tación, por muy invencible que sea, de tal situación. Sin embargo, se debería equiparar la suposición invencible o inevitable de una situación del § 35 I 1 a su existencia real. En tal caso no el policía, pero sí el "propio causante" disfrutaría de una atenuación facultativa conforme al § 35 I 2. Si el error fuera por el contrario vencible, no puede tener lugar una reducción del marco penal [87], pues de lo contrario se equipararía el error vencible a la existencia real de la situación de necesidad, lo que contradice el *telos* de la regulación legal del error.

No concurre un caso del § 35 II cuando el sujeto yerra sobre los límites del **65** § 35 I 1; cree p.ej. que un hecho antijurídico se disculpa también en caso de peligro aún no actual o de no adopción de un medio más moderado o benigno. Un error así es, como es sabido, irrelevante, pues en realidad en tal caso el sujeto supone una causa de exculpación que no existe. Si se pretendiera otorgar relevancia a tal error, se haría depender los límites de la exculpación de las representaciones del sujeto, lo cual no es posible. Tampoco la creencia, basada en consideraciones jurídicas erróneas, de que es inexigible soportar un peligro puede exonerar de responsabilidad al sujeto, pues la misma desemboca igualmente en un desplazamiento arbitrario del límite de la exculpación.

VIII. La participación en el hecho realizado en estado de necesidad

La participación en un hecho realizado en estado de necesidad exculpado **66** conforme al § 35 es —salvo cuando se presta por un familiar o una persona allegada— en principio punible. No obstante, en ocasiones se defiende una opinión discrepante, que se apoya en la hipótesis de que el legislador habría renunciado aquí con carácter general a "forzar la observancia de su norma con el medio de la pena" [88]. Pero a la impunidad no sólo se opone el principio de accesoriedad limitada, que presupone para la punición de la participación un hecho principal antijurídico, pero no culpable (§§ 26, 27, 29). También la propia teoría del estado de necesidad resulta contraria a la impunidad del partícipe, pues el hecho realizado en estado de necesidad es desaprobado por el legislador y debe ser evitado por la norma. Si respecto del autor se dispensa indulgencia en atención a su situación apurada y se renuncia a la pena, sin embargo en un *extraneus* que no se halla en esa situación precisamente no se da la circunstancia fundamentadora de la impunidad. Si se diera entrada a la impunidad, se burlaría la decisión del legislador, que sólo ha eximido de pena el auxilio necesario en el supuesto de parientes y personas allegadas. Lo propio

---

[87] LK[10]-Hirsch, § 35, nm. 77; de otra opinión Sch/Sch/Lenckner[24], § 35, nm. 44.

[88] SK[6]-Rudolphi, § 35, nm. 21; Rudolphi, ZStW 78 (1966), 66; Maurach/Zipf, AT/1[8], 33/40; Maurach/Gössel, AT/2[7], 53/95 s. Zipf y Gössel se apoyan en la doctrina de Maurach de la responsabilidad por el hecho; contra ésta § 19, nm. 50 ss.

rige para la coautoría. Cuando de dos coautores sólo uno actúa bajo los presupuestos del estado de necesidad excluyente de la responsabilidad (p.ej. porque el otro tiene un deber intensificado de soportar el peligro conforme al § 35 I 2), el otro sigue siendo penalmente responsable.

67 No obstante, la punibilidad del partícipe en un estado de necesidad posee sólo una escasa trascendencia práctica, pues, cuando el *extraneus* ha creado o aprovechado la situación de necesidad con el fin de dañar a un tercero, existe una autoría mediata. Cuando p.ej. el *extraneus* hace depender la salvación de un peligro de muerte de que quien ha de ser salvado cometa antes un delito (v.gr. mate a un compañero de infortunio), el mismo no es inductor, sino autor mediato; pues él domina el hecho al servirse de un medio o instrumento humano no responsable. Así, sólo queda en la participación la colaboración en forma de provocación o incitación o de auxilio o favorecimiento que no reduzca aún más el (restringido) margen de decisión del sujeto que actúa en estado de necesidad. Pero también en este punto hay que pensar que la mera referencia a la situación jurídica no es punible. Quien v.gr. explica al que se halla en situación de necesidad que su responsabilidad jurídicopenal estaría excluida dándose los requisitos del § 35 no puede ser castigado si la persona acertadamente informada comete en vista de ello un hecho en estado de necesidad. Finalmente, en los relativamente escasos supuestos de participación punible hay que pensar también que se debe tener en cuenta en favor del sujeto en la determinación de la pena la preservación del bien jurídico reductora del injusto que junto a la lesión del bien jurídico ha producido.

B. *El exceso en la legítima defensa del § 33*

Bibliografía: Schröder, Notwehrüberschreitung und Putativnotwehr, ZAkDR 1944, 123; Gallas, Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs, ZStW 80 (1968), 1; Rudolphi, Notwehrexzeß nach provoziertem Angriff, JuS 1969, 461; Fischer, Die straflose Notwehrüberschreitung, tes. doct. Frankfurt, 1971; Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, [2]1973 [= Política criminal y sistema del Derecho penal, trad. de la 1.ª ed. alemana e intr. de F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1972]; Roxin, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Henkel-FS 1974, 171 [= Problemas básicos, 1976, 200 = Culpabilidad y prevención en Derecho penal, trad. y notas D.-M. Luzón Peña, Madrid, Reus, 1981, 57]; Roxin, "Über den Notwehrexzeß", Schaffstein-FS, 1975, 105; Jakobs, Schuld und Prävention, 1976; Hirsch, Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, Dreher-FS, 1977, 211; Geilen, Notwehr und Notwehrexzeß, Jura 1981, 200, 256, 308, 370; Vogt, Übungsklausur Strafrecht: Der tödliche Irrtum, Jura 1981, 380; Bitzilekis, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, 1984; Timpe, Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 Abs. 1 StGB) und zum Notwehrexzeß (§ 33 StGB), JuS 1984, 859; 1985, 35, 117; Steininger, Der Putativnotwehrexzeß, ÖJZ 1986, 747; Otto, Grenzen der straflosen Überschreitung der Notwehr, § 33 StGB, Jura 1987, 604; Beulke, Die fehlgeschlagene Notwehr zur Sachwertverteidigung, Jura 1988, 641; Sauren, Zur Überschreitung des Notwehrrechts, Jura 1988, 567; Müller-Christmann, Der Notwehrexzeß, JuS 1989, 717; Aschermann, Die Rechtsnatur des § 33 StGB, tes. doct. Hamburg, 1990.

I. Ubicación sistemática y contenido teleológico de la regulación

El legislador (al contrario que en el § 35) no se ha pronunciado sobre la ubicación sistemática del exceso en la legítima defensa. En el § 33 se dice sólo que el sujeto "no será castigado". La renuncia a toda ubicación se produjo premeditadamente. Las palabras "no será castigado" no aluden precisamente a una causa de exclusión de la punibilidad, pues para ello el legislador emplea las palabras "está exento de pena" (v.gr. en el § 258 VI), sino que se eligió "una fórmula hasta cierto punto neutra, que deja espacio en adelante para las múltiples interpretaciones de la naturaleza jurídica del exceso en la legítima defensa" [89]; el legislador no quiso "inmiscuirse sin necesidad" en la disputa teórica. 68

Materialmente se trata —como en el § 35— de una causa de exclusión de la responsabilidad jurídicopenal (una causa de exculpación en el sentido del uso habitual del lenguaje). Ello significa: el sujeto que se excede se comporta culpablemente (aunque sea de manera reducida); el legislador renuncia sin embargo a la punición porque la misma no resulta exigida por necesidades de prevención especial ni de prevención general [90]. La culpabilidad (reducida) del sujeto se puede deducir sin más de que la turbación, el miedo o el pánico no fundamentan por regla general un "trastorno profundo de la conciencia" en el sentido del § 20; si lo hicieran, el § 33 sería superfluo. También la falta de necesidad preventiva de punición es fácil de explicar [91]: quien infringe la ley sólo porque ha sido víctima de una agresión antijurídica y se caracteriza por una pusilanimidad especialmente asustadiza es un ciudadano socialmente integrado que no precisa de intervención preventivoespecial. Y asimismo tampoco está indicada la punición por razones de prevención general, pues un "delito de debilidad" de tal índole no exhorta tampoco en caso de impunidad a la imitación, y no comporta tampoco una conmoción de la paz jurídica, porque el sujeto es el originariamente agredido y el agresor mismo es la mayoría de las veces culpable del rebasamiento del límite. El enfoque preventivo explica también con facilidad por qué la extralimitación en la legítima defensa sólo es impune cuando se debe a estados pasionales asténicos (= procedentes de debilidad), pero no cuando se debe a estados pasionales esténicos (= pro- 69

---

[89] Aquí y en lo que sigue Horstkotte, ProtSondBT V, 1815 (91.ª sesión del 14-12-1967).

[90] Sustancialmente de acuerdo Jakobs, AT², 20/28, n. 44; Timpe, JuS 1985, 119.

[91] Esta concepción se desarrolla de manera detallada en mi trabajo "Sobre el exceso en la legítima defensa" ("Über den Notwehrexzeß"), Schaffstein-FS, 1975, 105 ss. Un bosquejo se encuentra ya en "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem", 1970, ²1973, 33 s. (= Política criminal y sistema del Derecho penal, 1972, 68; N. del T.), así como en "'Schuld' und 'Verantwortlichkeit' als strafrechtliche Systemkategorien", Henkel-FS, 1974, 189 s. (= "'Culpabilidad' y 'responsabilidad' como categorías sistemáticas jurídicopenales", Problemas básicos, 1976, 217 s.; N. del T.). Jakobs declaró su conformidad con ello ya en su obra "Schuld und Prävention" ("Culpabilidad y prevención"), 1976, desde la perspectiva del concepto funcional de culpabilidad por él defendido.

cedentes de fuerza o vigor) como la cólera o la ira, la indignación o la furia combativa (afán de lucha o ganas de pelea). Pues los estados pasionales agresivos son generalmente mucho más peligrosos y por ello hay que reprimirlos en interés de la conservación de los bienes jurídicos, incluso al precio de la pena, mientras que la turbación, el miedo y el pánico como motivos desencadenantes del hecho no producen efecto provocador o siquiera de imitación y pueden por ello ser tratados con mayor benignidad.

70 La concepción aquí defendida debe confrontarse con otras explicaciones que de manera análoga se invocan también en el caso del § 35 (cfr. nm. 7 ss.), de modo que resulta un estado de la polémica similar. También para la explicación del § 33 se hallan deducciones psicológicas que atribuyen la impunidad del sujeto que se excede a un "dominio de la voluntad fuertemente disminuido" [92] o a una "situación psíquica excepcional" [93]. Sin embargo, convencen exactamente igual de poco que en el estado de necesidad disculpante (cfr. nm. 8). Pues, prescindiendo de que la turbación, el miedo y el pánico —como todos los demás estados pasionales— sólo en escasos supuestos extremos excluyen la capacidad de determinar la voluntad conforme a la norma, desde esta perspectiva no se entiende por qué aquéllos conducen a la impunidad sólo en el caso de extralimitación. Consecuentemente entonces, todos los hechos que se cometen por turbación, miedo o pánico deberían ser impunes, en lo que, conforme a la ley, no se puede ni pensar [94].

71 La impunidad del exceso en la legítima defensa se explica mayoritariamente por una doble reducción de la culpabilidad (cfr. nm. 9 s.). Según ello, al estado pasional que disminuye la culpabilidad se añade una disminución de injusto, que se deriva de repeler (aunque sea yendo demasiado lejos) una agresión antijurídica. Esta disminución del injusto produce asimismo de manera mediata una disminución de la culpabilidad. De la doble disminución se derivaría tal reducción de la culpabilidad que ya no estaría indicado el castigo [95].

72 Pero tampoco así se acierta con el aspecto decisivo. Pues de lo contrario en otras causas de justificación, como el estado de necesidad del § 34, debería ser impune una extralimitación por turbación, miedo o pánico, porque aquí concurren igualmente un estado pasional que reduce la culpabilidad y un injusto disminuido a consecuencia de la preservación de un bien jurídico. Sin embargo, en el exceso en el estado de necesidad precisamente no se produce impunidad. Conforme a la teoría de los fines de la pena aquí defendida ello

---

[92] H. Mayer, StuB AT, 1967, 101.

[93] Blei, AT[18], § 62. Aschermann, 1990, 129 s., estima que faltaría la conciencia actual de la antijuridicidad en la situación pasional y que ésta, por ser provocada culpablemente por otro, tampoco se le podría imputar al sujeto que actúa en estado pasional.

[94] Rudolphi, JuS 1969, 462.

[95] Cfr. sobre todo Rudolphi, JuS 1969, 462 s.; Jescheck, AT[4], § 45 II 2; LK[11]-Spendel, § 33, nm. 39 ss.; Wessels, AT[23], § 10 VII 3 a; Sauren, Jura 1988, 569 s.

se explica porque la lesión evitable de personas no implicadas (en vez de un agresor antijurídico) menoscaba la paz jurídica y por tanto precisa de sanción por razones de prevención general; si por el contrario se atiende únicamente al estado pasional y a la reducción del injusto, la regulación legal diferenciadora resulta incomprensible. La concepción aquí criticada tampoco puede indicar una razón de por qué sólo los estados pasionales asténicos dan lugar a la exención de pena. Finalmente, la concepción basada en la disminución del injusto debería consecuentemente apreciar también la exención de pena cuando la acción en exceso alcance a un tercero no implicado, en la medida en que sólo así se preserve el bien jurídico atacado; pero ello no es aceptable por razones de prevención general (cfr. nm. 91 s.). Y por fin es dudoso que siquiera se pueda hablar de una disminución del injusto en el exceso en la legítima defensa [96]: cuando alguien mata de un disparo por turbación al agresor en una situación de legítima defensa, pese a que habría bastado una lesión para repeler la agresión, el homicidio es objetivamente una acción totalmente superflua, cuya menor calidad de injusto no resulta evidente sin más.

Las diferencias acerca de la *ratio* del privilegio del exceso poseen trascendencia notable para la interpretación de éste, pero no modifican en nada su clasificación sistemática como causa de exculpación o de exclusión de la responsabilidad. La apreciación de una causa de justificación, que en el § 35 se somete una y otra vez a discusión (cfr. nm. 5 s.), está aquí vedada por la simple razón de que una superación de los límites de la legítima defensa conforme a Derecho lógicamente no puede estar asimismo justificada. Por otro lado, sólo se puede apreciar una causa de exclusión de la punibilidad cuando sistemáticamente no se puede asimilar en la categoría de la responsabilidad una exención de pena concedida por indulgencia políticocriminal pese a la existencia de culpabilidad. Tal era el caso de M. E. Mayer [97], quien desaprobaba la exención de pena de la actuación culpable y opinaba: "La imputación, la aportación más exquisita del Derecho penal, se empaña por una regla tosca", y sólo le restaba la posibilidad de la clasificación como "burda causa personal de exclusión de la punibilidad". Sigue esta línea aún Fischer [98], cuando constata perplejo: "El contenido de la afirmación de que se... trata de una causa personal de exclusión de la punibilidad se agota sin embargo en la constatación de que concurren todos los presupuestos del delito y no obstante se produce la impunidad." Pero ello no convence, pues una exención de pena políticocriminalmente motivada existe también en el § 35 (cfr. nm. 6, 11) y se clasifica en este caso por el propio legislador como causa de exculpación. Frente a ello, las causas de exclusión de la punibilidad son exenciones de pena **73**

[96] Jakobs, AT², 20/28, n. 44.
[97] M. E. Mayer, AT, ²1923, 282 s.
[98] Fischer, 1971, 82.

que pueden ser establecidas por razones ajenas al Derecho penal (v.gr. de Derecho político o de Derecho internacional público) (más detenidamente § 23, nm. 21 ss.). En el exceso en la legítima defensa no se trata precisamente de un caso así.

74 La jurispr. ha vacilado en cuanto a la ubicación sistemática del exceso en la legítima defensa [99]. Al principio se apreciaba mayoritariamente una causa de exclusión de la punibilidad. Posteriormente el RG dejó abierta la cuestión, al constatar p.ej. en RGSt 66, 288 s., sólo la antijuridicidad de la extralimitación en la legítima defensa y añadir: "ya se haya de deducir de este precepto una causa de exclusión de la culpabilidad o una causa personal de exclusión de la punibilidad". La jurispr. de la posguerra parte con carácter general de la idea de que se trata de una exculpación (p.ej. BGHSt 3, 197: "causas disculpables de la extralimitación en la legítima defensa"; 198: "una extralimitación en la legítima defensa por cólera no... exculparía"). Dado que todas las sentencias recientes siguen esta línea, la polémica puede considerarse hoy resuelta también en la jurispr., pese a la reserva del legislador.

II. Los estados pasionales excluyentes de la responsabilidad

75 El legislador de la PG 1975 menciona "la turbación, el miedo y el pánico" como motivos desencadenantes del hecho; ello se corresponde con la regulación del StGB de 1871, con la única diferencia de que la allí llamada "conmoción" se sustituyó por la "turbación": "De este modo", estima la Fundamentación del P 1962 [100], "se designa más acertadamente el estado anímico o mental desordenado de aquel que se ve enfrentado a una agresión inesperada y que no es capaz de una defensa reflexiva." Existe acuerdo sustancial sobre que sólo las excitaciones anímicas debidas a debilidad deben ser privilegiadas y sobre que es inadmisible una extensión del § 33 a los estados pasionales esténicos [101]; se ha de estar firmemente de acuerdo con lo anterior en virtud de la *ratio* del § 33 (nm. 69).

76 Sólo defiende una concepción parcialmente distinta Spendel [102], quien, si bien admite el miedo como estado pasional asténico y el pánico "como causa a menudo de un estado pasional de esa clase", interpreta en cambio la turbación como consecuencia también de otro estado pasional (esténico). En efecto, estima que la turbación se desencadena "la mayoría de las veces" por un estado

[99] Una exposición completa con cita de la mayoría de las sentencias al respecto la ofrece LK[11]-Spendel, § 33, nm. 36 ss.
[100] BT-Drucks. IV/650, 158.
[101] Así tb. la jurispr.; cfr. RGRspr. 9, 120; RG JW 1889, 333 n.º 5; JW 1932, 2432 s.; BGH GA 1969, 23 s.
[102] LK[11]-Spendel, § 33, nm. 58 ss.

pasional asténico; sin embargo, también encajaría en el § 33 aquel a quien, "con justa cólera", "se le nubla la vista" tanto y "se pone tan fuera de sí" que aparece "turbado" [103]. Ello no es de recibo [104], pues la autojusticia ejercida según el lema "A un hombre se le nubla la vista" es extremadamente peligrosa desde un punto de vista de Psicología social, porque puede liberar agresiones latentes en amplios círculos de la población; ello debe precaverse con una conminación penal. Con razón el RG rechazó desde un principio reconocer como eximente de pena la extralimitación en la legítima defensa que hubiera surgido de un "arrebato de justa cólera" (RGRspr. 9, 120). Ello no excluye que los estados pasionales esténicos tengan en determinadas circunstancias efecto atenuante conforme al § 21 e incluso en escasos supuestos excepcionales puedan exculpar conforme al § 20; pero todo eso no tiene nada que ver con el § 33.

Según el tenor literal vigente desde 1975, el sujeto ha de haber actuado **por** turbación, miedo o pánico, mientras que la versión del StGB de 1871 había exigido una actuación **en** [estado de] conmoción, miedo o pánico. El cambio de "en" a "por" serviría, según la Fundamentación de la ley [105] para "aclarar la relación interna entre los estados pasionales citados y la conducta del sujeto". Debía por tanto dejar claro —lo que era discutible conforme al antiguo tenor literal de la ley— que los estados pasionales han de haber influido en el hecho del sujeto y que no pueden ser sólo fenómenos concomitantes casuales de una extralimitación en la legítima defensa motivada por otra causa. Ello es tendencialmente correcto, porque sólo los excesos resultantes de la debilidad son compatibles con la indulgencia del legislador. Sin embargo, la reformulación no posee especial trascendencia práctica, porque, cuando concurre uno de los tres estados pasionales, en la duda se debe partir de su efecto motivador, en virtud del principio *"in dubio pro reo"*. **77**

Los tres estados pasionales mencionados se producirán la mayoría de las veces en caso de agresión inesperada (RGSt 69, 265, 270), pero ello no es necesario. Con razón subraya BGHSt 3, 197 s., que el sujeto también puede reaccionar con turbación, miedo o pánico cuando un suceso previsto y temido durante largo tiempo le domina anímicamente al producirse [106]. Tampoco la previsibilidad y la evitabilidad de la situación de exceso excluyen necesariamente la invocación del § 33 [107], pues el sujeto no está obligado a rehuir la agresión que puede provocar el estado pasional. No es preciso tampoco que el estado pasional no sea provocado culpablemente (RG HRR 1929, n.º 670); para el Derecho vigente ello se infiere ya del dato de que se volviera a suprimir **78**

[103] LK[11]-Spendel, § 22, nm. 67 s.
[104] Así tb. Sch/Sch/Lenckner[24], § 33, nm. 4.
[105] Informe de la Comisión especial, BT-Drucks. V/4095, 15.
[106] En principio igualmente BGH NJW 1962, 308; 1980, 2263.
[107] BGH NJW 1980, 2263; crít. Arzt, JR 1980, 212 s.

en el curso de la discusión de la ley la propuesta del P 1962 que pretendía prever sólo la impunidad cuando al sujeto "no le fuera reprochable" la extralimitación en la legítima defensa por turbación, miedo o pánico [108].

79 Se discute si el § 33 es también aplicable en caso de un superación extremadamente pronunciada de los límites de la legítima defensa (el sujeto turbado mata de un disparo al agresor para repeler una simple bofetada) [109]. La cuestión se ha de resolver negativamente. Del mismo modo que en caso de desproporción completa en el marco de la legítima defensa se ha de renunciar a una acción defensiva en sí necesaria, se habrá de denegar la exclusión de responsabilidad en el exceso en la legítima defensa *ceteris paribus;* también la indulgencia choca con los límites de lo preventivogeneralmente tolerable.

80 El § 33 no deja de ser ya aplicable sin más cuando a la turbación, el miedo o el pánico se añade otro estado pasional (aunque sea esténico). Sin embargo, se debe insistir en que los estados pasionales asténicos preponderen en la motivación del sujeto [110], pues cuando alguien rebasa los límites de la legítima defensa en estado de cólera o ira, furia o indignación por una agresión, en la mayoría de los casos un poco de pánico o turbación acompañará a los estados pasionales agresivos. Ello no puede ser suficiente, porque, por razones de prevención general, es preciso reprimir mediante una amenaza de pena los impulsos agresivos prohibidos; de lo contrario, ya no se podrá impedir la retribución conducente al derecho del más fuerte y que habría de llevar a una grave conmoción de la paz jurídica.

81 Desgraciadamente el BGH sólo se ha pronunciado de forma poco clara. En BGHSt 3, 194, se dice que el sujeto podría invocar aún el exceso "cuando su conducta está codeterminada además por cólera hacia el agresor, siempre y cuando la voluntad de defensa no retroceda por completo al mismo tiempo" [111]. Aquí se entremezcla de manera imprecisa la cuestión del carácter dominante de los estados pasionales asténicos con el problema de la voluntad de defensa. En GA 1969, 24, el BGH estima que para que se aplique el precepto relativo al exceso "no sería preciso que el sujeto haya superado los límites de la defensa exclusivamente por estas causas o por una de ellas". Ello es correcto, pero de esta sentencia no se puede inferir una declaración inequívoca en el sentido de que es necesario que otros eventuales estados pasionales estén en un segundo

---

[108] Cfr. el informe de la Comisión especial, BT-Drucks. V/4095, 14: "No existe a juicio de la Comisión... ninguna necesidad práctica... de una regulación tan estricta."

[109] A favor Dreher/Tröndle[46], § 33, nm. 3; en contra SK[6]-Rudolphi, § 33, nm. 5 a. Jakobs, AT[2], 20/29, califica una exculpación en tales casos de "contraria al sistema".

[110] De acuerdo Maurach/Zipf, AT/1[8], 34/30; Jescheck, AT[4], § 45 II 2; Sch/Sch/Lenckner[24], § 33, nm. 5; Dreher/Tröndle[46], § 33, nm. 3. En cambio, Geilen, Jura 1981, 379, y LK[11]-Spendel, § 33, nm. 69, propugnan que para la aplicación del § 33 baste ya simplemente con que los afectos asténicos hayan desempeñado algún papel. Similar tb. Otto, Jura 1987, 606 (motivación "sustancialmente codeterminante", pero no "dominante").

[111] Coincidente casi literalmente BGH StrV 1989, 477.

plano por detrás de la turbación, el miedo o el pánico. También BGH NStZ 1987, 20, exige sólo que los "estados pasionales mencionados" en el § 33 "fueran cocausales para el exceso".

III. Extralimitación consciente e inconsciente en la legítima defensa

La jurispr. ha aplicado desde siempre el § 33 no sólo a la extralimitación **82** inconsciente en la legítima defensa, sino también a la consciente [112], posición que sigue la op. totalmente dom., contra una opinión minoritaria considerable [113], y efectivamente con razón [114]. En favor de la inclusión también de la extralimitación consciente en la legítima defensa apuntan en primer lugar el tenor literal, que comprende cualquier clase de extralimitación en la legítima defensa, y la génesis del precepto, de la que resulta que en las deliberaciones de la Comisión especial se rechazó expresamente en votación la formulación "si el sujeto rebasa sin percatarse de ellos los límites de la legítima defensa..." [115]. En su favor apunta además la dificultad de una clara delimitación entre dolo e imprudencia en situaciones que exigen actuar a la velocidad del rayo y en las que el estado pasional merma tanto la capacidad de comprensión como la de inhibición. Cuando el sujeto rebasa a sangre fría los límites de la legítima defensa, ya no es posible el recurso al § 33 por la falta de motivación del sujeto por el estado pasional asténico.

Por otro lado, tampoco se puede decir que una extralimitación dolosa en la **83** legítima defensa por turbación, miedo o pánico no sea posible [116]; sucede perfectamente que alguien, precisamente a consecuencia de su pánico y miedo interiores, se deje arrastrar conscientemente a una reacción desmedida, porque pierde el dominio. Estos casos son abarcados plenamente por la *ratio* del § 33 (cfr. n. 69). Si se pretendiera castigar en tales casos por delito doloso, ello supondría no sólo una dureza injusta; mediante tal interpretación, el § 33 se convertiría además en poco menos que superfluo [117], pues la punición por imprudencia, la única que podría plantearse aún en tal caso, podría excluirse ya desde la perspectiva de la inexigibilidad, reconocida aquí por la jurispr., sin que fuera preciso además el recurso al § 33. No es posible suponer que el legislador ha creado conscientemente un precepto innecesario, ni siquiera si no se supiera que el mismo pretendía extender la exclusión de responsabilidad al exceso doloso.

---

[112] Cfr. simplemente RGSt 21, 189 (191); 56, 33 s.; RG JW 1935, 431; BGH NStZ 1987, 20; 1989, 474; StrV 1989, 477; BayObLGSt 1951, 362 (364).

[113] Ultimamente LK[9]-Baldus, § 53, nm. 43; Welzel, StrafR[11], § 14, II 5; Sch/Sch/Lenckner[24], § 33, nm. 6.

[114] Más detenidamente Roxin, Schaffstein-FS, 1975, 107 ss.

[115] ProtSondBT V, 1821 (91.ª sesión del 14-12-1967).

[116] Así sin embargo Schmidhäuser, StuB AT[2], 8/31; Sch/Sch/Lenckner[24], § 33, nm. 6.

[117] Así en efecto expresamente Schmidhäuser, StuB AT[2], 8/31.

IV. Exceso intensivo y extensivo en la legítima defensa

84 El § 33 ampara sin discusión el llamado exceso intensivo en la legítima defensa, o sea, el caso en el que el sujeto supera en la defensa la medida de lo necesario. Los ejemplos clásicos son aquellos en los que el agredido empuña la navaja o el revólver en su turbación o miedo, pese a que el mismo habría podido repeler la agresión también simplemente a puñetazos. Si se percata de que el uso de armas va demasiado lejos en sí, pero el estado pasional asténico le impulsa sin embargo al exceso, entonces se trata de un exceso consciente, pero impune (cfr. nm. 82 s.). Si el sujeto cree erróneamente que es preciso el uso de armas, entonces su dolo está ya excluido por la legítima defensa putativa; la imprudencia en su caso restante es impune entonces conforme al § 33.

85 Se discute si también el exceso extensivo en la legítima defensa encaja en el § 33. El mismo existe cuando el sujeto, a consecuencia de un estado pasional asténico, supera los límites temporales de la legítima defensa, es decir, cuando la agresión ya no es todavía actual en el momento de la acción defensiva. Un exceso extensivo por retraso en la legítima defensa se da p.ej. cuando el sujeto, en su estado de pánico, sigue golpeando al agresor que yace ya en el suelo; se trata de un exceso extensivo por anticipación cuando el mismo tumba de un disparo al boxeador dispuesto a la agresión, cuando éste está calentando todavía sus músculos [118].

86 La jurispr. ha denegado siempre la exculpación al exceso extensivo y se ha apoyado en la fundamentación muy formal de que los límites de la legítima defensa sólo podrían ser rebasados cuando exista todavía una situación de legítima defensa [119]. Si ya no existiera una legítima defensa, su extralimitación no vendría "conceptualmente al caso" (RGSt 62, 77). No obstante, la jurispr. se aproxima a un reconocimiento del exceso extensivo, al extender la actualidad de la agresión hasta la "supresión definitiva del peligro de agresión" (RGSt 62, 77) [120]. También se daría aún "actualidad" cuando sólo se ha de temer en estrecha conexión temporal una repetición de la agresión en sí repelida, de modo que la extralimitación en la legítima defensa en esa fase se enjuicia como exceso intensivo.

87 La opinión aún mayoritaria en la literatura científica [121] sigue a la jurispr. en cuanto rechaza la impunidad del exceso extensivo. Un sector adopta la

---

118 Ejemplo de Jakobs, AT², 20/31.

119 RGSt 54, 36; 61, 216; 62, 76; OGHSt 3, 121 (124); BGH NStZ 1987, 20; BayObLGSt 1951, 362 (363).

120 Asimismo BGHSt 27, 339; BGH NStZ 1987, 20.

121 Jescheck, AT⁴, § 45 II 4; Maurach/Zipf, AT/1⁸, 34/27; Schmidhäuser, StuB AT², 8/29; Stratenwerth, AT³, nm. 448; Wessels, AT²³, § 10 VII 3 b; SK⁶-Rudolphi, § 33, nm. 2; Dreher/Tröndle⁴⁶, § 33, nm. 2; Lackner²⁰, § 33, nm. 2; Rudolphi, JuS 1969, 463; Geilen, Jura 1981, 379; Eser/Burkhardt, StrafR I⁴, caso 11, nm. 41; Sauren, Jura 1988, 570 ss.

fundamentación de la jurispr. y otro realiza el intento de añadirle una fundamentación teleológica a partir de la perspectiva de la "teoría del exceso" defendida en cada caso. Así, Geilen, desde la perspectiva de una explicación psicológica, estima que cuando la agresión ya ha terminado faltaría la sobreexigencia psicológica por el dramatismo de la situación. Pero la extendida opinión que deriva el § 33 de la rebaja de injusto añadida a la rebaja de culpabilidad (nm. 71) remite sobre todo a la circunstancia de que faltaría una disminución de injusto cuando aún no o ya no existe una agresión que es necesario repeler (Rudolphi, Jescheck, Eser).

Frente a ello, se ha de aplicar el § 33, con una opinión minoritaria en 88
ascenso [122], también al exceso extensivo en la legítima defensa [123]. Pues si se explica la exclusión de la responsabilidad por la falta de necesidad preventiva de punición (cfr. nm. 69), no se produce diferencia alguna entre el exceso intensivo y el extensivo. El que alguien aseste un golpe el doble de fuerte de lo necesario (exceso intensivo) o que propine un segundo golpe después del que acaba con la agresión (exceso extensivo) es indiferente desde una perspectiva políticocriminal; si se parte de que la cantidad de fuerza empleada ha sido la misma, dos golpes comedidos son incluso más inocuos y más fácilmente disculpables que un único golpe desmedidamente excesivo. Las razones que justifican la impunidad en el exceso intensivo rigen asimismo para el exceso extensivo: también en la actuación después o antes de tiempo se daña únicamente al agresor antijurídico; también aquí se previene mediante la limitación a los tres estados pasionales asténicos la retribución colérica; asimismo, esta extralimitación es igual de comprensible, igual de disculpable e idénticamente valorable en cuanto a su relevancia social (es decir, en atención a la paz jurídica) que el exceso intensivo.

Tampoco convencen las razones que se aducen contra la inclusión del 89
exceso extensivo. Se puede hablar perfectamente de una superación de los límites temporales; o sea que no existe una "imposibilidad conceptual" del exceso extensivo. Tampoco falta en estos casos la "sobreexigencia psicológica por el dramatismo de la situación", puesto que precisamente es la agresión antijurídica la que provoca el estado pasional asténico como efecto previo o posterior. Asimismo carece de plausibilidad la hipótesis de que en el exceso intensivo se da una disminución del injusto que faltaría en el exceso extensivo, pues, cuando alguien sobrepasa de modo insignificante

---

[122] Baumann/Weber, AT[9], § 21 II 1 d; Blei, AT[18], § 62; Jakobs, AT[2], 20/31; Sch/Sch/Lenckner[24], § 33, nm. 7; Timpe, JuS 1985, 120 s.; Beulke, Jura 1988, 643. LK[11]-Spendel, § 33, nm. 4 ss., y Otto, AT[4], § 14 II 2 a, propugnan someter al § 33 sólo el —sin duda más importante— exceso extensivo por retraso, y no el exceso extensivo por anticipación; asimismo Otto, Jura 1987, 605 s., quien sin embargo considera aquí la posibilidad de una aplicación analógica del § 33 al exceso por anticipación.

[123] Más detenidamente Roxin, Schaffstein-FS, 1975, 111 ss.

los límites temporales de la legítima defensa en una reacción comedida, su injusto puede ser mucho menor que cuando supera notablemente los límites de lo necesario en caso de agresión actual. También sucede por igual en el exceso intensivo y en el extensivo que, tras la superación del límite, la acción del agredido no preserva bien jurídico alguno que no esté de todos modos seguro, de modo que, en esta medida,·no se puede hablar en ninguno de los dos casos de una disminución del injusto mediante la acción constitutiva del exceso.

90 No obstante, la aplicabilidad del § 33 al exceso extensivo presupone que exista una conexión temporal inmediata con la agresión concluida o inminente. Ha de existir, en el curso de un suceso en marcha, casi aún o ya casi una agresión actual. Si alguien sigue golpeando durante mucho tiempo después de acabarse la agresión al agresor que está tendido en el suelo sin capacidad de pelear, se ha de apreciar (a reserva de un trastorno de conciencia debido al shock y que por tanto habría que enjuiciar conforme al § 20) que en esa situación predominan los estados pasionales esténicos; en un caso así no es de aplicación el § 33. Si no se pierde esto de vista, tampoco existe razón alguna para excluir el exceso extensivo por anticipación del ámbito de aplicación del § 33 [124]; no obstante, en el caso concreto la defensa preventiva puede estar ya justificada por el § 34 (cfr. § 16, nm. 72 ss.). También en caso de concurrencia de exceso intensivo y extensivo sigue siendo aplicable el § 33: p. ej. el agredido continúa golpeando inmediatamente después de terminar la agresión con mayor fuerza incluso que la que habría sido necesaria en caso de que aquélla fuera actual.

V. El supuesto de daños a terceros no implicados

91 Un exceso en la legítima defensa también puede consistir en que el sujeto daña en estado de turbación, miedo o pánico a un tercero en vez de al agresor. Así, en RGSt 54, 36, la víctima había alcanzado mortalmente con los disparos que había dirigido contra el agresor también a su mujer "que estaba a su lado". Tal lesión de terceros no es abarcada por el § 33 [125]. Ello no se deduce del tenor literal, pero sí de la *ratio* del § 33. Pues el efecto de conmoción jurídica del hecho realizado en exceso y por tanto la necesidad preventivogeneral de punición desaparecen sólo porque el daño alcanza al agresor antijurídico, que es corresponsable de él (cfr. nm. 69); no se puede hablar de algo semejante en el caso de un tercero no implicado. La punibilidad de un exceso dirigido contra una persona no implicada se deriva también de que el legis-

[124] Como pretenden LK[11]-Spendel, § 33, nm. 4, y Otto, AT[4], § 14 II 2 a.

[125] Así tb. LK[11]-Spendel, § 33, nm. 16 s.; Jakobs, AT[2], 20/33; Sch/Sch/Lenckner[24], § 33, nm. 10; SK[4]-Rudolphi, § 33, nm. 2; Sauren, Jura 1988, 573.

lador no conoce un exceso impune en el estado de necesidad conectado al § 34 y de que el § 35 ha vinculado al criterio de la necesidad la exculpación en caso de lesión de personas no implicadas.

Según BGH NStZ 1981, 299, regiría algo distinto cuando el exceso en la legítima defensa concurre con el porte prohibido de un arma de fuego (§ 53 I n.° 7 a WaffG); la extralimitación en la legítima defensa disculparía "también el porte del arma de fuego". Ello ha hallado con razón un rechazo general [126]. Pues es verdad que aquí no se lesiona a un tercero concreto, sino un bien jurídico de la colectividad, pero con todo si el disparo hubiera estado amparado por legítima defensa, el uso prohibido de un arma de fuego sólo habría podido ser justificado por el § 34 (cfr. § 15, nm. 106 ss.). El § 33 no se basa sin embargo en el § 34, sino en el § 32. El uso de arma de fuego puede estar amparado por el § 34 también en el caso del exceso en la legítima defensa a lo sumo cuando al menos era en sí necesaria la utilización del arma para la defensa; el exceso intensivo no elimina entonces la conformidad a Derecho de la utilización del arma como tal. Pero si la utilización del arma fue totalmente superflua, el estado pasional asténico no puede modificar en nada la punibilidad conforme a la Ley de armas. **92**

VI. El exceso en la legítima defensa tras la provocación de la situación de legítima defensa

Según una jurispr. reciente [127] tampoco existiría un exceso exculpante en la legítima defensa cuando el sujeto agredido que actúa en exceso ha provocado culpablemente la agresión. Esto tampoco ha tenido, con razón, aceptación [128]. Pues es verdad que en el caso de provocación previa en una acción defensiva puede no ser procedente en absoluto la legítima defensa, porque al agredido le fuera exigible esquivar (más detenidamente § 15, nm. 59 ss.); en tal caso resulta también improcedente, a la vez que la legítima defensa, el § 33, de modo que en esa medida la provocación restringe mediatamente también el alcance del precepto relativo al exceso. Pero cuando a pesar de la provocación se mantiene el derecho de defensa (p.ej. cuando no hay posibilidad de esquivar), ha de aplicarse también el § 33 en caso de exceso. Sin duda sería teóricamente concebible, en caso de agresiones provocadas, restringir no sólo el **93**

---

[126] LK[11]-Spendel, § 33, nm. 21; Jakobs, AT[2], 20/33; Sch/Sch/Lenckner[24], § 33, nm. 10; SK[6]-Rudolphi, § 33, nm. 2.

[127] BGH NJW 1962, 308, con com. discr. de Schröder, JR 1962, 187; OLG Hamm NJW 1965, 1928 s., con recens. de Rudolphi, JuS 1969, 461 ss. Restrictivamente ahora el BGH (E 38, 133, con com. de Roxin, NStZ 1993, 335), en un caso en el que sin embargo ya no existía un estado pasional asténico.

[128] Cfr. más detenidamente Roxin, Schaffstein-FS, 1975, 105 ss.; en el resultado al que llega, como la jurispr. sólo Jakobs, AT[2], 20/34.

derecho de defensa, sino hacer improcedente por completo también el privilegio del exceso. Pero en tal caso ello debería haber encontrado expresión en el tenor literal de la ley, v.gr. mediante la formulación: "Si el sujeto rebasa los límites de la legítima defensa no provocada culpablemente", del mismo modo que en el § 35 I 2 se deniega expresamente la exclusión de responsabilidad cuando el sujeto "mismo ha causado el peligro". Como esto no ha ocurrido, ha de mantenerse la posibilidad de invocar el exceso en la legítima defensa para el provocador que posea derecho de legítima defensa.

VII. El exceso en la legítima defensa putativa

94 Existe un exceso en la legítima defensa putativa [129] cuando alguien se representa erróneamente una agresión que ni ha existido ni es inminente, y entonces supera con su "defensa", por turbación, miedo o pánico, los límites que existirían incluso si concurriera la situación de legítima defensa [130]. V.gr. alguien toma equivocadamente por un agresor a otro que le pretende dar unas palmadas amistosas en el hombro, y lo mata a puñaladas, pese a que incluso en el caso de una verdadera agresión habría sido suficiente una defensa a puñetazos. Según jurispr. constante [131] y op. absolutamente dom. el exceso en la legítima defensa putativa no es un caso del § 33. Ello es en principio correcto y se deduce aquí —al contrario de lo que sucede en el exceso extensivo— ya del tenor literal. Pues, cuando una acción no está en relación inmediata con una situación real de legítima defensa (ya sea simultánea, inminente o recién concluida), no existen límites que pudieran ser rebasados.

95 Pero se infiere también de razones teleológicas. Sin duda la situación psíquica del sujeto que actúa en exceso en una legítima defensa imaginaria es la misma que en una realmente existente; por tanto una interpretación psicológica del § 33 debería abogar al menos por su aplicación analógica [132]. Si se reconoce sin embargo como fundamento de la concesión de indulgencia por parte del legislador la falta de necesidad preventiva de punición (cfr. nm. 69), entonces este fundamento falta en el exceso en la legítima defensa putativa porque se hace víctima del exceso a un no agresor merecedor de mayor grado de protección. Sería además completamente incongruente que fuera punible

---

[129] Acerca del Derecho austriaco, pero con algunas reflexiones interesantes tb. para el Derecho alemán Steininger, ÖJZ 1986, 747.

[130] En cambio en la jurispr. y la doctrina científica se confunde a menudo el exceso en la legítima defensa putativa con el exceso extensivo.

[131] RGSt 21, 189; 54, 36; 61, 216; RG JW 1925, 963/64 (n. 8 y 9); 1936, 512; BGH NJW 1962, 309; 1968, 1885.

[132] Así en efecto Coenders, JW 1925, 963; Schröder, ZAkDR 1944, 125; Sch/Schröder[17], 1974, § 53, nm. 36.

una legítima defensa putativa evitable o vencible y en cambio no lo fuera el exceso evitable en la legítima defensa putativa [133].

No obstante, el rechazo del § 33 en la legítima defensa putativa rige sólo en el caso ordinario. En efecto, cuando excepcionalmente el que se equivoca no tiene la culpa y la víctima del exceso es la única responsable de la situación, porque v.gr. había simulado una agresión, debería aplicarse analógicamente el § 33 a este caso de exceso en la legítima defensa putativa [134]. Pues aquí el exceso no alcanza a una persona no implicada, de modo que la renuncia a la pena es preventivogeneralmente defendible. Cuando Spendel [135] propugna imponer en estos casos la pena completa, porque la provocación culpable de la agresión aparente no releva al sujeto "del deber de una reacción conforme a Derecho y de la pena por una reacción antijurídica", el mismo pasa por alto que la legítima defensa putativa inevitable o invencible, que constituye el fundamento del exceso, es impune. Por otro lado, Rudolphi [136] va demasiado lejos al pretender aplicar analógicamente el § 33 en todo caso de defensa putativa inevitable o invencible. Pues cuando el error invencible sobre la situación de legítima defensa se debe a razones distintas a la conducta de la víctima, el exceso fundamenta por sí solo la punibilidad porque la necesidad de punición se deriva de la necesidad de protección de la víctima. Ahora bien, puede faltar en tales casos la imprudencia en relación con el exceso del que se equivoca de manera no culpable [137], pero entonces no se trata de un caso del § 33, sino de un problema de la teoría del error. 96

VIII. ¿Aplicabilidad analógica del § 33 a la extralimitación en otras causas de justificación?

También se pueden rebasar por turbación, miedo o pánico los límites de otras causas de justificación, v.gr. del derecho de detención (§ 127 StPO), del derecho de autotutela (§ 229 BGB), del estado de necesidad defensivo (§ 228 BGB) o del estado de necesidad justificante (§ 34). Se discute si en tales casos es aplicable una analogía con el § 33. Stratenwerth [138] lo afirma con carácter general y Rudolphi [139] con la restricción de que todas "las extralimitaciones no especialmente notables de la medida justificada" deben ser disculpadas. 97

---

[133] Al respecto Oetker, JW 1925, 962; Rudolphi, JuS 1969, 464.
[134] Fischer, 1971, 97; Roxin, Schaffstein-FS, 1975, 120. Jakobs, AT², 20/33, juzga la agresión aparente verdadera agresión en el sentido del § 32 y aplica por tanto el § 33 directamente.
[135] LK¹¹-Spendel, § 33, nm. 33.
[136] Rudolphi, JuS 1969, 464; SK⁶-Rudolphi, § 33, nm. 6.
[137] Correctamente BGH NJW 1968, 1885.
[138] Stratenwerth, AT³, nm. 621; no obstante, aquí se considera tb. la posibilidad de una "punición" sólo "notablemente atenuada".
[139] SK⁶-Rudolphi, § 33, nm. 1 a.

Jakobs [140] afirma la analogía sólo en caso de conducta culpable del sujeto afectado, como la que puede existir sobre todo en los casos del § 127 StPO y del § 229 BGB, mientras que Spendel [141] rechaza cualquier recurso al § 33 en otras causas de justificación, "en vista de la clara regulación legal". Otto [142] propugna aplicar analógicamente el § 33 cuando el afectado por el exceso ha producido la situación "mediante una agresión antijurídica".

98 Lo correcto será rechazar cualquier extensión del § 33 a otras causas de justificación, con la única excepción del § 228 BGB [143]. Esto rige sin duda para los casos en que una persona no implicada se convierte en víctima de un exceso, como en la situación del § 34, pues, dado que la renuncia a la pena en el § 33 sólo se hace posible precisamente por la corresponsabilidad sustancial de la víctima, la *ratio* del § 33 no cuadra desde un principio con el perjuicio de personas no culpables. Pero también se habrá de rechazar la analogía en los §§ 127 StPO y 229 BGB, pues, si bien la víctima es aquí culpable por regla absolutamente general de su detención, sin embargo a los intereses de quien detiene se les atribuye mucha menor importancia por el ordenamiento jurídico y al mismo se le permite mucha menor aplicación de violencia que al sujeto que actúa en legítima defensa. Donde ni siquiera es lícito el uso de armas, tampoco el exceso puede exculpar. La protección de la vida humana se relativizaría de manera objetable si un particular que matara de un disparo a otro con la mera finalidad de detenerlo pudiera quedar impune por la aplicación analógica del § 33. El privilegio de la exención de pena debe quedar limitado, del único modo que se corresponde además con el tenor literal de la ley, a la situación de amenaza inmediata como la que existe en la legítima defensa.

99 Desde esta perspectiva, únicamente el § 228 BGB (estado de necesidad defensivo) regula una situación semejante, y aquí resulta además adecuada la analogía: por tanto, quien es atacado por un perro y, en su estado de miedo, lo mata de un disparo, pese a que un simple gesto decidido de amenaza habría podido ahuyentar al animal, queda impune en aplicación analógica del § 33. La falta de una regulación del exceso en el § 228 BGB no permite una conclusión contraria por el hecho de que no se diera cabida en el BGB a la exculpación sólo jurídicopenalmente relevante; tampoco el precepto relativo a la legítima defensa del § 227 BGB contiene un precepto que se corresponda con § 33.

---

[140] Jakobs, AT², 20/32.

[141] LK¹¹-Spendel, § 33, nm. 76; la extensión al § 34 es rechazada por Sch/Sch/Lenckner²⁴, § 34, nm. 52, si bien con una restricción para casos de estado de necesidad defensivo.

[142] Otto, Jura 1987, 607.

[143] Así tb. Hirsch, Dreher-FS, 1977, 229 s.; se inclinan a estar de acuerdo Sch/Sch/Lenckner²⁴, § 34, nm. 52.

C. El hecho realizado por motivos de conciencia [144]

Bibliografía: Nagler, Der Überzeugungsverbrecher, GerS 94 (1924), 48; Radbruch, Der Überzeugungstäter, ZStW 44 (1924), 34; Wolf, Verbrechen aus Überzeugung, 1927; Gallas, Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, Mezger-FS, 1954, 3; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958; Stree, Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960; Welzel, Gesetz und Gewissen, DJT-FS, 1960, t. I, 383; Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1961; Geiger, Gewissen, Ideologie, Widerstand, Nonkonformismus, 1963; Bockelmann, Das Problem der Zulässigkeit von Schwangerschaftsunterbrechungen, Berliner Universitätstage 1964, 211; Luhmann, Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, AöR 90 (1965) 257; Arndt, Das Gewissen in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung, NJW 1966, 2204; Heinitz, Der Überzeugungstäter im Strafrecht, ZStW 78 (1966), 615; Lang-Hinrichsen, Der Überzeugungstäter in der deutschen Strafrechtsreform, JZ 1966, 153; Noll, Der Überzeugungstäter im Strafrecht, ZStW 78 (1966), 638; Peters, Bemerkungen zur Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zur Wehrersatzdienstverweigerung aus Gewissensgründen, JZ 1966, 457; Peters, Überzeugungstäter und Gewissenstäter, H. Mayer-FS, 1966, 257; Bockelmann, Das Strafrecht des Arztes, en: Ponsold (ed.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, ^{3}1967, 1; Dürig, Art. 103 III GG und die "Zeugen Jehovas". Zur Mehrfachbestrafung der Ersatzdienstverweigerer aus Gewissensgründen, JZ 1967, 426; Arm. Kaufmann, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW 80 (1968), 34; Ulsenheimer, Das Personensorgerecht der Eltern im Widerstreit mit dem Gewissen und dem Strafgesetzbuch, FamRZ 1968, 568; Weber, Ersatzdienstverweigerung aus Gewissensgründen?, NJW 1968, 1610; Peters, Abschließende Bemerkungen zu den Zeugen-Jehovas-Prozessen, Engisch-FS, 1969, 468; Wittig, Der übergesetzliche Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit in verfassungsrechtlicher Sicht, JZ 1969, 546; Bäumlin, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL 28 (1970), 3; Böckenförde, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL 28 (1970), 33; v. Burski, Die Zeugen Jehovas, die Gewissensfreiheit und das Strafrecht, 1970; Ewald, Ersatzdienstverweigerung und Bekenntnisfreiheit, 1970; Blei, Gewissen, Religion und rechtliche Handlungspflichten, JA 1972, 231, 303, 369; Schwabe, Glaubensfreiheit und Pflicht zur Hilfeleistung, JuS 1972, 380; Ranft, Hilfspflicht und Glaubensfreiheit in strafrechtlicher Sicht, Schwinge-FS, 1973, 111; Bockelmann, Zur Problematik der Sonderbehandlung von Überzeugungsverbrechern, Welzel-FS, 1974, 543; Bopp, Der Gewissenstäter und das Grundrecht der Gewissensfreiheit, 1974; Müller-Dietz, Gewissensfreiheit im Strafrecht, Peters-FS, 1974, 91; Roxin "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Henkel-FS, 1974, 171 [= Problemas básicos, 1976, 200 = Culpabilidad y prevención en Derecho penal, trad. y notas D.-M. Luzón Peña, Madrid, Reus, 1981, 57]; Rudolphi, Die Bedeutung eines Gewissensentscheides für das Strafrecht, Welzel-FS, 1974, 605; Ebert, Der Überzeugungstäter in der neueren Rechtsentwicklung, 1975; Gödan, Die Rechtsfigur des Überzeugungstäters, 1975; Schulte/Träger, Gewissen im Strafprozeß, BGH-FS, 1975, 251; Stein, Gewissensfreiheit in der Demokratie, 1976; Schünemann, Politisch motivierte Kriminalität, en: de Boor (ed.), Politisch motivierte Kriminalität - echte Kriminalität?, 1978, 49; Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; Tiedemann, Der Gewissensbegriff in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, DÖV, 1984, 61; Faller, Gewissensfreiheit und ziviler Ungehorsam, Kirchner-FS, 1985, 67; Nestler-Tremel, Zivildienstverweigerung aus Gewissensgründen, StrV 1985, 343; Herdegen, Gewissensfreiheit und Strafrech, GA 1986, 97; Roxin, Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund, Maihofer-FS, 1988, 389; Son, Die Problematik der Bestrafung des Gewissenstäters nach dem geltenden Recht, tes. doct. Bonn, 1989; Reichert-Hammer, Politische Fernziele und Unrecht, 1991; Eisenberg/Wolke, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Totalverweigerung, JuS 1993, 285; Peters, Der Wandel des Gewissensbegriffs, Stree/Wessels-FS, 1993, 3; Roxin, Strafrechtliche Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam, Schüler-Springorum-FS, 1993, 441; Tenckhoff, Strafrecht und abweichende Gewissensentscheidung, Rauscher-FS, 1993, 437.

---

[144] Exhaustivamente acerca este tema Roxin, Maihofer-FS, 1988, 389.

I. El art. 4 GG como fundamento del enjuiciamiento jurídicopenal

100 Mientras que el efecto exculpante de las situaciones de necesidad y también los límites de la exculpación están establecidos en el § 35, el hecho realizado por motivos de conciencia no ha experimentado regulación expresa alguna en el Código Penal. Como decisión de (o en) conciencia se ha de "entender toda decisión moral seria, es decir orientada por las categorías 'bueno' y 'malo', que el individuo experimenta interiormente en una determinada situación como vinculante e incondicionalmente obligatoria para él, de modo que no podría actuar en contra de ella sin cargo o conflicto serio de conciencia" [145]. El sujeto que actúa por motivos de conciencia se asemeja al sujeto que actúa en estado de necesidad en la medida en que actúa, como éste, bajo presión psíquica; se halla en un estado de necesidad interior, mientras que el caso del § 35 regula el estado de necesidad externo.

101 Sin embargo, no es posible una aplicación analógica del § 35 al hecho realizado por motivos de conciencia, tal y como se defiende en ocasiones [146]. No se puede compartir la opinión de Peters y v. Burski cuando invocan que la pérdida de la vida eterna que amenaza en el caso de una conducta contraria a la propia conciencia se habría de equiparar a la amenaza para la vida terrenal que tendría en cuenta el § 35. Pues la "vida eterna" no es un bien protegido en un Estado ideológicamente neutral [147]. La analogía al § 35 fracasa además porque la exculpación de los sujetos que actúan por motivos de conciencia sólo es posible dentro de límites relativamente estrechos, que no hay que deducir del precepto relativo al estado de necesidad; el § 35 I 2 señala unas barreras distintas a las que hay que establecer para la libertad de puesta en práctica de la conciencia. Sin embargo, Stratenwerth no pretende extraer la analogía de la comparación entre la vida terrenal y la eterna, sino del hecho de que estarían "en juego bienes jurídicos de rango no inferior a los mencionados en el § 35" cuando la coacción a actuar contra la propia conciencia amenace con "destruir la personalidad del sujeto". Pero, por un lado, el art. 4 GG garantiza con sus repercusiones en el Derecho penal la libertad de conciencia también cuando al sujeto, como sucede por regla general, no le amenaza inmediatamente una "destrucción de personalidad" en caso de conducta conforme a Derecho. Y, por otro lado, con un enfoque tan restrictivo sigue también sin resolverse el problema de los límites, en la medida en que los menoscabos de bienes jurídicos de alto rango debidos a motivos de conciencia con frecuencia deben seguir siendo punibles con independencia de las consecuencias psíquicas para el sujeto, en tanto éste no sea inculpable de todos modos conforme al § 20.

---

[145] BVerFGE 12, 45 (55).
[146] Peters, JZ 1966, 457 ss.; v. Burski, 1970, 112; Stratenwerth, AT³, nm. 618 s.
[147] Rudolphi, Welzel-FS, 1974, 631 s.

La valoración jurídicopenal del hecho realizado por motivos de conciencia debe determinarla no una analogía con el § 35, sino el recurso inmediato al art. 4 GG [148]. Si el art. 4 GG reza: "La libertad de creencia, de conciencia", etcétera "son inviolables", entonces un hecho realizado por motivos de conciencia debe resultar necesariamente impune cuando su castigo atentaría contra la libertad constitucionalmente garantizada. Pues el art. 4 GG tiene efecto inmediato como Derecho vigente y de mayor rango en el Derecho penal. La interpretación del art. 4 GG proporciona seis ideas, que deben servir de base a la valoración jurídicopenal: 102

(1) Se ha de distinguir el hecho realizado por motivos de conciencia del delito o hecho por convicción [149]. La decisión de (o en) conciencia se diferencia de la convicción por su carácter existencial, por el sentimiento interior de estar incondicionalmente obligado. El individuo ha de anteponer la decisión del legislador a sus propias convicciones discrepantes. Quien en virtud de una convicción en contra pasa por encima de la ley resulta en todo caso penalmente responsable; "la actitud interna que denota el hecho" (§ 46 II) sólo se puede tener en cuenta en la medición de la pena. Sólo la conciencia, en cuanto que su ejercicio se halla bajo la protección de la Constitución, puede producir la impunidad como fuerza impulsora de una conducta. 103

(2) La decisión de conciencia no presupone una determinada cualidad en cuanto a su contenido. El juez únicamente tiene que examinar "si lo que se proclama al exterior como decisión de conciencia posee verdaderamente el carácter de un imperativo moral ineludible, la seriedad de un imperativo moral que domina toda la personalidad" (BVerfGE 12, 55). La decisión de conciencia no puede "ser valorada en ningún sentido como 'errónea', 'equivocada', o 'correcta'" (loc. cit., 56). Cualquier otra hipótesis vulneraría la neutralidad ideológica del Estado y anularía la libertad de decisión de conciencia en favor de una determinada ideología o credo [150]. 104

(3) El art. 4 GG no protege sólo la conformación interna de la conciencia, sino que garantiza también la libertad de puesta en práctica de la conciencia hacia el exterior [151]. De lo contrario se vaciaría ampliamente el art. 4 GG y se 105

[148] En este sentido sobre todo tb. (con distintos resultados en cuanto a los pormenores) Bopp, 1974; Ebert, 1975; Rudolphi, Welzel-FS, 1974, 605 ss.; Müller-Dietz, Peters-FS, 1974, 91 ss. En contra de una aplicación analógica del § 35 tb. OLG Frankfurt StrV 1989, 107.

[149] El problema de una pena no infamante específica para los delincuentes por convicción, que se discutió vivamente desde el § 71 del Proyecto Radbruch (1922; cfr. § 4, nm. 8) hasta el § 48 a en la redacción de la Comisión especial de 1964, se sitúa por tanto en otro plano. El mismo perdió su antaño gran trascendencia de política jurídica con la introducción de la pena unitaria en el año 1969.

[150] Ello está reconocido hoy en día; cfr. v.gr. Böckenförde, VVDStRL 28 (1970), 33 ss.; Maunz/Dürig/Herzog, GG, art. 4, nm. 125. La opinión contraria la ha defendido últimamente Geiger, 1963, 59; el mismo propugna proteger la conciencia sólo en la medida en que sea "expresión del orden moral objetivo".

limitaría a la medida "que también cualquier dictador puede ofrecer, con tal de que se abstenga de emplear métodos orwellianos" [152]. En pro de la interpretación extensiva se halla también el dato de que el art. 9 I CDH reconozca la libertad de puesta en práctica de la conciencia.

106 (4) La libertad de puesta en práctica de la conciencia tampoco se limita a la omisión. La opinión de que el hecho realizado por motivos de conciencia sólo puede conducir a la exención de pena en las omisiones se defiende sin embargo con frecuencia en la doctrina científica [153]. Es también cierto que el problema del hecho realizado por motivos de conciencia se presenta con especial frecuencia en los delitos de omisión, como la insumisión al servicio civil (sustitutorio del militar) o la omisión del traslado a un hospital por motivos religiosos. Pero el art. 4 GG no ofrece indicios para una limitación por principio de su ámbito de vigencia a las omisiones [154].

107 (5) Finalmente el art. 4 GG no está sometido a posible restricción mediante ley general. Una restricción en favor de la seguridad, moralidad y salud públicas, que se preveía en el Proyecto del Herrenchiemsee, se rechazó expresamente en las deliberaciones. Además, el BVerfG parte de la idea de que la triple limitación del art. 2 GG no puede trasladarse al derecho más específico de libertad individual del art. 4 GG (BVerfGE 32, 107). Ello tiene la consecuencia jurídicopenal de que en cualquier caso una ley penal como tal no restringe necesariamente aún la libertad de puesta en práctica de la conciencia.

108 Por otro lado, se reconoce que la libertad otorgada por el art. 4 GG no es ilimitada, sino que está sometida a límites inmanentes. El BVerfG deriva tales límites del sistema de valores de los derechos fundamentales (BVerfGE 32, 108), y Böckenförde [155] los establece allí "donde los fines elementales últimos del Estado moderno están inmediatamente amenazados: la paz interior del Estado, la existencia (independencia e integridad) del Estado y la posibilidad de su aseguramiento hacia el exterior, el aseguramiento de la vida y la libertad de la persona, los derechos del individuo que hay que proteger incondicionalmente". Las auténticas dificultades consisten no obstante en la concreción jurídicopenal de estas formulaciones un tanto amplias.

---

[151] BVerfGE 24, 236 (245); 32, 98 (106), para el caso parcialmente coincidente de la libertad de creencia; Maunz/Dürig/Herzog, GG, art. 4, nm. 135. En sentido diferente la opinión de la doctrina del Derecho político más antigua; cfr. v.gr. aún Zippelius, Bonner Kommentar, art. 4 GG (segunda redacción/oct. 1966), nm. 44 s.

[152] Böckenförde, VVDStRL 28 (1970), 51.

[153] Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 119 s.; Jescheck, AT[4], § 37 II 3, § 59 VIII 4; Arndt, NJW 1966, 2204 s.; E. Stein, 1976; Peters, JZ 1972, 85 s.; Schulte/Träger, 1975, 251 ss.

[154] Igualmente: Maunz/Dürig/Herzog, GG, art. 4, nm. 140; Böckenförde, VVDStRL 28 (1970), 64; Rudolphi, Welzel-FS, 1974, 628 s.; Ebert, 1975, 19 s., 49, 69, 71.

[155] Böckenförde, VVDStRL 28 (1970), 59; similar Maunz/Dürig/Herzog, GG, art. 4, nm. 149 ss.

II. Las consecuencias para la punibilidad del hecho realizado por motivos de conciencia [155a]

(1) La primera consecuencia es hoy indiscutida [156]: el Estado no puede penar (o sancionar de otro modo) un hecho realizado por motivos de conciencia cuando puede alcanzar sus fines también mediante una alternativa neutral en relación con la conciencia. Pues en tal caso la conducta del individuo debida a motivos de conciencia no puede amenazar los fines del Estado. Por tanto, si los padres, por razones de conciencia de motivación religiosa, deniegan el asentimiento a una transfusión sanguínea que será necesaria para su hijo [157], no pueden ser castigados por el § 323 c [omisión de socorro] o, en su caso, por los §§ 22 y 212 [tentativa de homicidio], en la medida en que su consentimiento puede ser reemplazado mediante el nombramiento de un tutor o en caso de urgencia incluso mediante una acción del médico amparada por estado de necesidad (§ 34). En tal caso falta incluso la realización de un tipo, pues el auxilio paterno no es necesario o ha de negarse que los padres se dispongan al homicidio. 109

También el legislador ha tenido en cuenta este criterio a través de distintas regulaciones: los médicos pueden rechazar la colaboración en una interrupción del embarazo, siempre y cuando pueda evitarse mediante el recurso a otro médico una puesta en peligro grave de la embarazada (art. 2 de la 5.ª StrRG). A quien se niega a prestar juramento por razones de conciencia no se le puede imponer una multa de orden o un arresto de orden, sino que puede sustituir el juramento por una reafirmación o aseguramiento a conciencia de su responsabilidad ante el tribunal (§ 66 d StPO a raíz de BVerfGE 33, 23). El servicio civil sustitutorio del objetor al servicio militar no debe "menoscabar la libertad de decisión de conciencia" (art. 12 a II 3 GG); en su caso se puede incluso prescindir del llamamiento al servicio civil en los supuestos de conflicto de conciencia cuando el objetor "trabaja o trabajará" voluntariamente "en un establecimiento hospitalario, sanitario o de asistencia" (§ 15 a ZivildienstG). 110

Por otro lado, habrá que negar desde un principio la exención de pena cuando el sujeto tuviera abierta una alternativa no punible para la puesta en práctica de su conciencia, pues en tal caso su conciencia no le puede haber coaccionado a infringir la ley. Por tanto, a quien mata a una persona gravemente enferma a petición de ésta presionado por su conciencia se le ha de castigar sin embargo conforme al § 216 si el auxilio a morir exigido por su conciencia hubiera podido prestarse también en forma de participación im- 111

[155a] Ampliamente de acuerdo Tenckhoff, Rauscher-FS, 1993, 437.

[156] Cfr. para el Derecho público sólo Maunz/Dürig/Herzog, GG, art. 4, nm. 170 con ulteriores referencias; para el Derecho penal Rudolphi, Welzel-FS, 1974, 624.

[157] Cfr. el supuesto de hecho de OLG Hamm NJW 1968, 212 ss., y al respecto Ulsenheimer, FamRZ 1968, 568 ss.

pune en el suicidio *. Y quien se siente apremiado por su conciencia a protestar contra decisiones estatales resulta pese a todo penalmente responsable si lo hace en forma de allanamiento de morada, coacciones, etc., en cuanto la protesta se hubiera podido articular también de manera legal [158].

112 (2) En los restantes casos en que el sujeto infringe la ley penal en una situación de conflicto ineludible por razones de conciencia, ante todo la existencia (independencia e integridad) del Estado, su seguridad y sus supremos principios constitucionales establecen límites inmanentes a la puesta en práctica de la libertad de conciencia. Por tanto, quien por razones de conciencia comete traición, pone en marcha una subversión interior o perpetra atentados terroristas para destruir el sistema no puede invocar el art. 4 GG. Pues la GG otorga la libertad de puesta en práctica de la conciencia sólo en el marco del Estado para el que está creada; la hipótesis de que la GG hubiera preprogramado su propia derogación mediante la tolerancia de delitos contra la seguridad del Estado es absurda.

113 (3) En los demás delitos contra la colectividad se habrá de realizar una ponderación [159]. El art. 4 GG topa con sus límites allí donde el hecho realizado por motivos de conciencia impediría u obstaculizaría el cumplimiento de funciones esenciales del Estado; de lo contrario el Estado se entorpecería o paralizaría a sí mismo. Sin embargo, si el hecho no supone una puesta en peligro de intereses centrales del Estado, el art. 4 GG conduce a la exención de pena. Cuando p.ej. alguien no observa un deber penalmente reforzado de vacunarse, porque su conciencia religiosa le prohíbe toda vacunación, por regla general se podrá renunciar a la pena, pues la cifra de personas sectarias que se niegan a vacunarse es estadísticamente baja, y la ausencia de vacunación en estas pocas personas no pone en peligro la salud pública. No obstante, si las cosas son de otro modo porque amplios sectores de la población se niegan a vacunarse o porque una epidemia hace precisa la vacunación sin excepciones por

---

* El Derecho penal alemán no castiga la participación (o algunas formas de ella) en sentido estricto en el suicidio, al contrario de lo que sucede en el Derecho penal español, en que las formas más graves de participación en el suicidio se castigan en los dos primeros números del art. 143 CP (los números 3 y 4 presentan peculiaridades, tb. en cuanto al carácter de autoría —de homicidio consentido, a petición o no de la víctima— o participación de las conductas —o algunas de ellas— en ellos descritas). Lo que sí posee el Derecho alemán es un tipo de homicidio consentido, privilegiado frente al homicidio en general, cuando se produce a petición de la víctima con determinados requisitos (§ 216 StGB) [N. del T.].

[158] Ello sucede casi siempre (en situaciones propias de un Estado de Derecho). La objeción de que una protesta legal no recibiría la necesaria atención no es válida, pues, si la vulneración de leyes penales debida a razones de conciencia con fines de manifestación quedara impune, tales protestas tampoco llamarían a su vez más la atención. Cuestión distinta es, naturalmente, si determinadas formas de resistencia pasiva, como por ejemplo los bloqueos mediante sentadas realizan siquiera un tipo penal (acerca del problema de las coacciones en este caso BVerfG NJW 1987, 63); ello no puede ser tratado en este lugar.

[159] Al respecto tb. Faller, Kirchner-FS, 1985, 75 ss.

razones medicoepidemiológicas, se habrá de imponer el cumplimiento del deber de vacunarse también frente a sujetos que actúan por motivos de conciencia; pues el Estado no puede privilegiar a personas o grupos particulares a costa de la vida y la salud de otros [160].

El problema de la insumisión al servicio civil (sustitutorio del militar) por razones de conciencia también ha de resolverse de manera correcta mediante tal ponderación. La jurispr. del BVerfG [161], según la cual una deducción inversa del art. 4 III GG daría por resultado que la insumisión al servicio sustitutorio por razones de conciencia no está constitucionalmente protegida, convence poco. Pues con igual razón se puede defender el punto de vista de que el art. 4 III sólo regula, para aclararlo, un caso especialmente discutido de libertad de conciencia, pero no se pronuncia en absoluto sobre el tratamiento de otras decisiones de conciencia conforme art. 4 I. Frente a ello, nos habremos de fijar en si la tolerancia de la insumisión al servicio civil por razones de conciencia resulta compatible con la seguridad exterior del Estado y sus otras misiones fundamentales [162]. Ello se podrá afirmar en las actuales circunstancias, de modo que resultaría adecuada una exención de pena [163]. **114**

(4) Cuando el sujeto que actúa por motivos de conciencia se ingiere en bienes jurídicos individuales, por regla general vulnera los derechos fundamentales de otros (vida, integridad física, libertad, propiedad, etc.). En tal caso debe deducirse de una ponderación qué derecho fundamental goza de preeminencia. La negación por principio de determinadas formas de ejercicio de los derechos fundamentales por otros no puede estar amparada por el art. 4 GG, porque se menoscabaría de manera contraria al sistema de valores de la Ley Fundamental las posibilidades de desarrollo de los conciudadanos, que naturalmente no gozan de menor protección que las del sujeto que actúa por motivos de conciencia. **115**

Ello rige en primer lugar en relación con la protección de la vida. Apenas es preciso mencionar que los asesinatos rituales y las quemas de viudas, que a menudo se citan como ejemplos espantosos contra la tolerancia de cualquier libertad de la puesta en práctica de la conciencia, rebasan con mucho los límites inmanentes del art. 4 GG y están sometidos a punibilidad no disminuida. Pero también en casos menos extremos debe prevalecer la protección **116**

[160] Igualmente Maunz/Dürig/Herzog, GG, art. 4, nm. 157.

[161] BVerfGE 19, 135 ss. (138); 23, 127 ss. (132).

[162] Muy similar Ewald, 1970, quien propugna anteponer a la decisión de o en conciencia solamente un "interés convincente de la colectividad" (p. 71); de acuerdo Maunz/Dürig/Herzog, GG, art. 4, nm. 217 ss. Tb. llega a una absolución basada en la decisión de conciencia del insumiso el AG Lüneburg StrV 1985, 64; al respecto Nestler-Tremel, StrV 1985, 343.

[163] En este sentido tb. Ewald, 1970, 71; de otra opinión, con razones sin duda dignas de tener en cuenta, Maunz/Dürig/Herzog, GG, art. 4, nm. 219; a favor de la punibilidad del "objetor o insumiso total" que actúa por razones de conciencia tb. OLG Frankfurt StrV 1989, 107; Eisenberg/Wolke, JuS 1993, 285.

de la vida. No se puede estar de acuerdo v.gr. con Peters [164] cuando postula dejar impune la omisión por razones de conciencia también para el caso en que la misma cuesta vidas humanas [165]. Los padres que dejan morir a su hijo pequeño porque su concepción religiosa les prohíbe permitir que se practique un tratamiento hospitalario o una transfusión sanguínea, y el médico que abandona a la muerte a la embarazada porque no puede conciliar la interrupción del embarazo salvadora con su conciencia, deben ser por tanto castigados. Pues tales sujetos privan a su víctima, con la vida, de todos sus demás derechos fundamentales, incluida la libertad de puesta en práctica de la conciencia; la ponderación debe resolverse por tanto en su contra [166].

117 Pero también en caso de colisión de la libertad de conciencia con otros bienes jurídicos protegidos con carácter de derechos fundamentales, como la libertad y la propiedad, topa el art. 4 GG por regla general con límites inmanentes. Pues cuando alguien, invocando su conciencia, deniega a otro el ejercicio de sus derechos fundamentales, niega, por mor de su libertad de acción, las posibilidades de desarrollo de sus semejantes, que se realizan con ayuda de estos derechos fundamentales —también de la propiedad—. Quien impulsado por su conciencia encierra a otro para impedirle hacer su vida inmoral o quien quema el libro del ateo para salvar el alma de éste debe por tanto cargar con la pena por detenciones ilegales (§ 239) o daños (§ 303). Cualquier otra concepción pondría los derechos fundamentales a disposición del individuo y daría a éste mayores posibilidades de ingerencia que las que tiene el Estado; tal derogación del orden jurídicoconstitucional no es siquiera discutible.

118 (5) Sin embargo, ello no significa que cualquier hecho realizado por motivos de conciencia que repercuta en bienes jurídicos individuales penalmente protegidos deba ser castigado, sino que puede tener lugar la exención de pena allí donde no se menoscaban o sólo se menoscaban de forma periférica la libertad u otros derechos fundamentales de otro. Cuando una omisión o una actuación afectan a la vida de otro, estos presupuestos sólo concurren en los escasos supuestos en los que la libre decisión de voluntad del afectado permanece intacta. BVerfGE 32, 98, decidió con razón que no es penalmente responsable conforme al § 323 c el marido que, como miembro de la "Hermandad evangélica", bajo la coacción de su conciencia religiosa desaconseja a su mujer una transfusión sanguínea que le salvaría la vida; en la medida en

[164] Peters, JZ 1972, 86; a favor de la exclusión de la culpabilidad tb. Bopp, 1974, 224; además Stein, 1976, 42 s.

[165] Igualmente Rudolphi, Welzel-FS, 1974, 624/25; Ebert, 1975, 70; Ulsenheimer, FamRZ 1968, 573 s.

[166] Por razones análogas no puedo estar de acuerdo tampoco con Bopp, 1974, 216 ss., cuando propugna que el § 323 c [omisión de socorro] ceda sin más frente a la puesta en práctica de la conciencia (p.ej. cuando alguien deja que otro se desangre porque razones de conciencia de motivación religiosa le prohíben prestar socorro los días de fiesta).

que el mismo no afecte la libertad de decisión de la mujer, puede tolerarse su hecho realizado por motivos de conciencia. También se podrá llegar a una impunidad apoyada en el art. 4 GG cuando alguien, en un conflicto irresoluble de conciencia, mata a ruego suyo en contra del § 216 [homicidio a petición de la víctima] a un enfermo incurable con graves padecimientos que ya no puede quitarse la vida a sí mismo; pues aquí se pone en práctica la conciencia no a costa, sino al servicio de otros [167].

En el supuesto de otros bienes jurídicos individuales, una ponderación pue- 119
de conducir a la retirada de su protección jurídicopenal cuando el sujeto que actúa por motivos de conciencia no niega como tal la libertad de acción del otro protegida como derecho fundamental, sino que, en su cargo o conflicto de conciencia, sólo afecta, de buen grado o a la fuerza, pasajeramente los derechos de otros [168]. Si v.gr. alguien debe tomar parte de manera indispensable, según los mandamientos de su creencia, en un determinado servicio religioso, pero por una circunstancia desgraciada existe la amenaza de no llegar a tiempo al mismo y, a falta de otras posibilidades, utiliza una bicicleta o un automóvil ajenos infringiendo el § 248 b *, el sujeto reconoce perfectamente el derecho de propiedad del otro y las facultades que del mismo emanan y menoscaba sólo forzado por la necesidad una concreta posibilidad de ejercicio del mismo. Dado que el orden de derechos fundamentales garantizado por nuestra Constitución permanece como tal intacto, no existen objeciones a permitir que el art. 4 GG produzca efectos eximentes de pena en tales casos.

III. La ubicación sistemática del hecho realizado por motivos de conciencia eximente de pena

(1) Se discute si un hecho realizado por motivos de conciencia, en la me- 120
dida en que produzca efecto eximente de pena, excluye el tipo, la antijuridicidad o la culpabilidad. Si el hecho realizado por motivos de conciencia es impune porque el Estado tiene a su disposición una alternativa neutral en relación con la conciencia (cfr. nm. 109 s.), falta una realización del tipo. Tales casos sólo pueden ocurrir como omisiones; pero faltan el deber de actuar y

---

[167] Tb. en el caso Wittig (BGHSt 32, 367, 380 s.) se exime de pena la omisión de salvar a una paciente suicida apelando a una "decisión médica de conciencia". Ello se corresponde con la concepción aquí defendida, si se prescinde de que en el caso concreto habría habido que rechazar un deber de evitar el resultado tb. con independencia de cualquier decisión de conciencia.

[168] Similar Jakobs, AT², 20/24: "Sólo puede tratarse de delincuentes por convicción que, reconociendo el Derecho en sus rasgos esenciales, infringen una norma individual o concreta."

* El § 248 b StGB, relativo a la utilización indebida de vehículos, incluye expresamente entre los objetos materiales del delito las bicicletas, que en cambio no están protegidas frente a su sustracción temporal por los arts. 244 y 623.3 CP (tipos de delito y falta de robo y hurto de uso de vehículos a motor o ciclomotores) [N. del T.].

el dolo cuando el omitente sabe que la finalidad del legislador se alcanzará de otra manera. En cambio, en los restantes casos la impunidad de un hecho realizado por motivos de conciencia no puede modificar en nada el dato de que se ha verificado la figura de delito y por tanto se ha realizado el tipo. Quien se siente interiormente obligado a una revelación de secretos, a un hurto de uso o a un homicidio a petición de la víctima actúa siempre en una situación de colisión que puede justificar o disculpar la realización de un tipo, pero que no puede excluirla de antemano. Incluso si se niega en virtud del art. 4 GG la exigibilidad del cumplimiento del mandato en el caso de una negativa a vacunarse o a cumplir el servicio civil por razones de conciencia, o de una omisión de socorro, ello no supone la exclusión del tipo, pues con ello no se afecta el carácter de ordenada y deseable de una conducta conforme a la ley.

121 (2) Pero el hecho realizado por motivos de conciencia eximente de pena tampoco es una causa de justificación. En favor de la apreciación de una causa de justificación se hace valer la consideración, a primera vista convincente, de que el ejercicio de un derecho fundamental no puede ser antijurídico [169]. Pero ello es erróneo, pues la inviolabilidad de la libertad de conciencia debe proteger al individuo de la coacción de conciencia que ejercería la conminación penal [170], pero la misma no puede razonablemente suponer que el Estado deba hacer suya la decisión de conciencia del individuo, en cuanto se aparta de las leyes. Ello no se podría compatibilizar ni con los principios de la democracia ni con la pretensión del Derecho de establecer normas objetivas y de validez general. La equiparación del ejercicio de un derecho fundamental y la conformidad jurídicopenal a Derecho es por tanto un sofisma. El derecho a no ser forzado mediante pena a actuar contra la propia conciencia demanda sólo un derecho a la indulgencia, no a la legalización del punto de vista propio.

122 (3) En cambio, es correcta la apreciación de que el hecho realizado por motivos de conciencia eximente de pena es un caso de exclusión de la responsabilidad (es decir, una causa de exculpación en el sentido de la terminología tradicional). Ello significa: el delincuente de conciencia no es inculpable desde perspectivas jurídicopenales, pues el mismo desacata una ley que se corresponde con el orden constitucional de valores y con el principio democrático de la mayoría y que puede exigir por tanto con razón ser respetada. El mismo también puede comportarse conforme a Derecho (si bien en condiciones más dificultosas), pues el dictado de la conciencia produce una fuerte presión en la motivación, pero no determina excluyendo otras alternativas de acción, como lo hace una enfermedad mental o una neurosis obsesiva.

---

[169] En este sentido Peters, H. Mayer-FS, 1966, 276; v. Burski, 1970, 88 ss.; Ranft, Schwinge-FS, 1973, 115 ss.

[170] Correctamente Ebert, 1975, 49; Müller-Dietz, Peters-FS, 1974, 106 s.

En la medida en que la puesta en práctica de la conciencia está amparada 123 por el art. 4 GG, el legislador renuncia con todo a la pena porque no le parece precisa desde la perspectiva de la prevención. Existen buenas razones para que se conceda de tal modo una indulgencia limitada al sujeto que actúa por motivos de conciencia que nuestro Derecho no otorga al infractor ordinario de la ley. Pues a un ordenamiento jurídico liberal le cuadra tolerar también al discrepante, en la medida en que éste no atente contra los supremos principios constitucionales y contra la seguridad del Estado y tampoco niegue en principio los derechos fundamentales de otros. Entonces no se excluirá tampoco al inconformista existencial, sino que éste podrá seguir considerando nuestra sociedad como la suya; y alguna decisión de (o en) conciencia cuya puesta en práctica hoy es aún antijurídica puede mañana encontrar una mayoría y contribuir mediante su impulso innovador a la evolución de la sociedad. Por tanto, el que el Estado renuncie a sancionar aquellos hechos realizados por motivos de conciencia con los que puede vivir sin renunciar a sí mismo sirve por igual al Estado de Derecho, a la dignidad humana y al progreso social.

La muy criticada argumentación conforme a los fines de la pena con la 124 que el BVerfG absolvió al acusado en el caso de la Hermandad evangélica (BVerfGE 32, 98 ss.; cfr. *supra* nm. 118) es por tanto sustancialmente correcta. Cuando allí se dice (loc. cit., 109) que, si bien la decisión del marido de no aconsejar a su mujer una transfusión sanguínea habría de "desaprobarse conforme a las representaciones valorativas dominantes de modo general en la sociedad", sin embargo no sería "ya tan reprochable como para que estuviera justificado proceder contra el sujeto con el arma más contundente de que dispone la sociedad: el Derecho penal. La pena criminal —con independencia de su magnitud— no es, en un caso así configurado, desde ninguna perspectiva... una sanción adecuada", se advierte así acertadamente que no se trata de una derogación o retirada del ordenamiento normativo, sino de una renuncia a la sanción basada en la falta de necesidad de punición.

(4) La interpretación dogmática del privilegio de la conciencia se corres- 125 ponde por tanto con las reglas de la exclusión de la responsabilidad que presiden toda esta categoría del delito (cfr. § 19, nm. 1-7) y en especial el estado de necesidad disculpante (nm. 4, 6, 11) y el exceso en la legítima defensa (nm. 69). Frente a ello, la doc. dom. considera el hecho realizado por motivos de conciencia eximente de pena, en la medida en que reconoce que alguno lo sea, asimismo causa de exculpación, pero busca la *ratio* de la exención de pena —como en el estado de necesidad (cfr. nm. 7 ss.) y en el exceso en la legítima defensa (cfr. nm. 70 ss.)— en la restricción de la capacidad de conducta conforme a la norma o en una doble reducción de la culpabilidad. Pero tampoco aquí tienen razón estas concepciones.

126 Ebert [171] aprecia "que el sujeto que actúa por motivos de conciencia fue apremiado a su hecho por una coacción psíquica (más o menos) desbordante, que subjetivamente no pudo actuar de modo distinto a como actuó; que por tanto no estaba en situación de decidirse en contra del injusto y a favor del Derecho". Pese a ello, pretende hacer depender la exculpación no de la situación psíquica del sujeto, sino de una "valoración que atienda los intereses de la colectividad" [172]. "Lo finalmente decisivo para la exigibilidad no es la presión psíquica que alguien pueda soportar, sino la que deba soportar."

127 El que esta concepción desemboque finalmente en una ponderación es acertado. Pero el resultado correcto se basa en dos apreciaciones erróneas que se anulan recíprocamente. En primer lugar, no es acertado que el sujeto que actúa por motivos de conciencia no pueda ya actuar de otro modo. Si esto sucede alguna vez, entonces existe un estado psicopatológico que ya conduciría a la exculpación conforme al § 20. Sin embargo, a la persona normal su conciencia le exhortará a y le exigirá perentoriamente comportarse de una determinada manera, pero siempre tendrá la sensación de que sigue la voz de su conciencia en libertad y de que podría decidirse también de otro modo [173]. Pero si se admitiera que el sujeto que actúa por motivos de conciencia no tiene ninguna alternativa de actuación, el pretender castigarle en su caso de todos modos en virtud de una valoración orientada por los intereses de la colectividad supondría entonces en segundo lugar un atentado contra el principio de culpabilidad. Se abandonaría con ello la función central del principio de culpabilidad de salvaguardar la libertad individual frente a los intereses de la colectividad.

128 Rudolphi [174] ha trasladado la teoría de la doble disminución de la culpabilidad al hecho realizado por motivos de conciencia. El mismo opina que, si bien el hecho realizado por motivos de conciencia no justifica, disminuye sin embargo el injusto, al "evitar una situación que destruye la personalidad y los perjuicios mediatos vinculados a ello para la vida democrática en nuestra sociedad". A ello se añadiría una dificultad notable de motivarse conforme a la norma debido a la decisión de (o en) conciencia discrepante. "Tampoco esto puede por sí solo disculpar al sujeto, pero ambos puntos de vista unidos conducen a que no pueda formularse ya un reproche jurídicopenalmente relevante de culpabilidad contra el sujeto que actúa por motivos de conciencia."

129 La apreciación de una dificultad de motivación que reduce la culpabilidad es con seguridad correcta. Pero el argumento de que el sujeto que actúa por

---

[171] Ebert, 1975, 50 ss. (60).
[172] Ebert, 1975, 63.
[173] Muy correctamente Bopp, 1974, 242, n. 1, criticado por Ebert, 1975, 60. Como aquí además Tiedemann, DÖV 1984, 61; similar Herdegen, GA 1986, 110 ss.
[174] Rudolphi, Welzel-FS, 1974, 630.

motivos de conciencia evitaría la destrucción de su personalidad y mediante ello produciría un "valor del resultado" cuyo añadido conduciría a la exclusión de la culpabilidad es problemático desde diversos puntos de vista. Pues, en primer lugar, el efecto integrador de la personalidad de la puesta en práctica de la libertad de conciencia sólo es el reverso pintado con un cierto exceso de dramatismo de la dificultad de motivación existente en la actuación conforme a la ley y por tanto realmente no es un aspecto nuevo "añadido". Y, en segundo lugar, los dos factores que fundamentarían la exclusión de la culpabilidad concurrirían también en los hechos realizados por motivos de conciencia que ya no están protegidos por el art. 4 GG; este enfoque no proporciona por tanto una elaboración dogmática de la ponderación exigida por los límites inmanentes del art. 4 GG. Finalmente, queda también abierta la cuestión de por qué dos reducciones de la culpabilidad conducirían juntas a una exculpación y no sólo, como normalmente sería de suponer, a una reducción de la pena.

D. La desobediencia civil

Bibliografía: Cfr. la de C., así como la de § 16, nm. 49, n. 68.

La desobediencia civil, cuya justificación había que rechazar (más detenidamente § 16, nm. 49), puede no obstante, bajo presupuestos restringidos, conducir a una exclusión de la responsabilidad relacionada con los derechos fundamentales [174a]. Pues las acciones de protesta infractoras de reglas, pacífico-simbólicas, guiadas por la preocupación por el bien común (como los bloqueos mediante sentadas o *sit-ins*) encajan siempre, según BVerfGE 73, 206 ss., en el ámbito de protección de los arts. 5 y 8 GG, aun cuando la ponderación exigida no pueda conducir a una justificación. Ello no impide sin embargo —en correspondencia con las explicaciones acerca del hecho realizado por motivos de conciencia (nm. 100 ss.)— una exclusión de la responsabilidad jurídicopenal cuando los actos de manifestación sirven a la formación de la opinión pública en cuestiones de interés vital y no amenazan con dificultar ningún otro interés importante del bien común. No se produce frente a tal exclusión de la punibilidad relacionada con los derechos fundamentales la objeción central que impide la justificación de la desobediencia civil: pues la regla de la mayoría, inviolable en una democracia, mantiene su vigencia plena, aun cuando el Estado, en su caso, renuncie a la punición. **129a**

Este resultado resulta respaldado por consideraciones de dogmática jurídicopenal acerca de la responsabilidad. Pues el sujeto no actúa sin culpabilidad: era asequible a la norma, podía por tanto "actuar de otro modo" (cfr. § 19, **129b**

[174a] Exhaustivamente Roxin, Schüler-Springorum-FS, 1993, 441. Reichert-Hammer, 1991, 276 ss. pretende, en desarrollo de la concepción de su maestro Günther (1983), que se aprecie una exclusión del injusto penal en el ámbito de irradiación de los derechos fundamentales.

nm. 34 ss.). Pero esta culpabilidad está drásticamente reducida de doble manera frente al caso normal de criminalidad. En primer lugar, ya en el plano objetivo el injusto y la culpabilidad correspondiente al mismo quedan en el límite inferior de lo jurídicopenalmente relevante, pues la infracción de la ley es insignificante y se reduce aún más por la proximidad a un derecho fundamental del acto de manifestación. Y, en segundo lugar, también subjetivamente la motivación del sujeto, indiscutidamente relevante para la culpabilidad, en los casos en los que únicamente se plantea una impunidad está guiada en tal medida por el bien común que la infracción de las reglas, con todo reprobable, sólo deja subsistente una "reprochabilidad" muy pequeña. Una culpabilidad tan pequeña reclama una exclusión de la responsabilidad jurídicopenal cuando razones de prevención no hagan precisa la punición (cfr. al respecto con carácter general § 19, nm. 3-7).

129c En los casos de desobediencia civil insignificantes (de escasa importancia), merecedores de indulgencia (más detenidamente nm. 129d) no concurre una necesidad ni preventivoespecial ni preventivogeneral de pena. Preventivoespecial no, porque los sujetos son ciudadanos preocupados por el bien común y no "criminales", y porque políticosocialmente es suficiente una desaprobación de la infracción de las reglas insistiendo en su antijuridicidad (junto con las eventuales consecuencias de Derecho civil y de Derecho público). El castigo con pena criminal está preventivoespecialmente contraindicado porque puede conducir al sujeto a un aislamiento y radicalización que más bien favorezca la comisión de delitos más graves. Tampoco es precisa punición alguna desde el punto de vista de la prevención general porque la "prevención de integración", que hoy ocupa el primer término entre las finalidades de la teoría de la pena (cfr. § 3, nm. 27), no atiende a la intimidación, sino a la resolución de conflictos sociales. Este arreglo de conflictos en los casos insignificantes (de escasa importancia) se alcanza mejor mediante la renuncia a la pena que mediante la punición. Pues es deseable integrar el potencial de protesta básicamente conforme al sistema de nuestra sociedad, en vez de discriminarlo y confinarlo mediante el castigo con pena criminal.

129d No obstante, siempre ha de tener lugar una ponderación entre intereses individuales y de la comunidad en atención a los arts. 5 II y 8 II GG, donde se prevén restricciones legales de los respectivos derechos fundamentales. Esta puede resultar a favor de la exculpación de la desobediencia civil cuando se cumplan seis presupuestos restrictivos: la protesta infractora de las reglas ha de referirse a cuestiones existenciales que interesen al conjunto de la población (1); el sujeto debe actuar por preocupación por el bien común (2); la infracción de las reglas ha de mostrar una conexión reconocible con el destinatario de la protesta (3), como p.ej. cuando la entrada de una instalación militar es bloqueada por militantes del movimiento pacifista; quien lleva a cabo la protesta debe declararse claramente partidario de la democracia par-

lamentaria (4); los revolucionarios no pueden ser por tanto exculpados; la infracción de las reglas debe evitar toda actividad violenta y la resistencia activa a las fuerzas del orden (5); los impedimentos e importunios que surgen de la protesta deben mantenerse reducidos (insignificantes, de escasa importancia) y temporalmente limitados (6).

E. Causas de exclusión de la responsabilidad en la Parte especial

Bibliografía: Hegler, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915), 184; Kantorowitz, Tat und Schuld, 1933; Geilen, Unterlassene Verbrechensanzeige und ernsthafte Abwendungsbemühung, JuS 1965, 426; Geerds, Über die Erscheinungsformen der Strafvereitelung, v. Hentig-FS, 1967, 133; Schwarz, Die unterlassene Verbrechensanzeige, 1968; Sturm, Das Vierte Gesetz zur Reform des Strafrechts, 1.ª Parte, JZ 1974, 1; Bloy, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976; Stree, Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei, JuS 1976, 137; Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechstsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 2.ª Parte; Schuld und Kriminalpolitik, GA 1986, 293; Roxin, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, JuS 1988, 425; Schneider, Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips, 1991; Niedermair, Tateinstellungsmerkmale als Strafbedürftigkeitskorrektive, ZStW 106 (1994), 388.

I. Los casos en particular

La exclusión de la culpabilidad en sentido estricto es una materia que sólo pertenece a la Parte general. Pues se ha de enjuiciar conforme a parámetros unitarios si alguien podía actuar de otro modo en una situación determinada, es decir, si era asequible a la norma o no. En cambio, si en determinadas situaciones de conflicto es preventivamente imprescindible la punición a menudo sólo se puede determinar conforme a las peculiaridades del concreto delito. Así se explica que se produzcan casos de exclusión de la responsabilidad no sólo en la Parte general y desde perspectivas de superior rango (¡hecho realizado por motivos de conciencia!), sino también en la Parte especial y limitados a determinados tipos. Los mismos no precisan aquí de una exposición completa. No obstante, citemos a modo de ejemplo algunos de los casos más importantes. **130**

1. La omisión de denuncia contra parientes, § 139 III 1

Según el § 139 III 1, la omisión de una denuncia en sí exigida por el § 138 [omisión de denuncia de determinados delitos] contra un pariente está, salvo que se trate de delitos gravísimos, "exenta de pena" cuando el sujeto se haya esforzado seriamente "por apartar" al pariente "del delito o por evitar el resultado". El precepto se considera por un sector doctrinal una "causa personal **131**

de supresión de la punibilidad" [175]. Sin embargo, la semejanza estructural con el § 35 muestra al precepto como causa de exclusión de la responsabilidad [176]. El conflicto entre el deber de denuncia y la solidaridad entre parientes disminuye la libertad de decisión del afectado, sin suprimirla. Pero como los esfuerzos serios del sujeto le muestran como una persona en principio fiel al Derecho, que no precisa de intervención preventivoespecial, y como también la opinión pública (prescindiendo de los hechos gravísimos) es comprensiva con que alguien pueda no denunciar a su pariente, se puede renunciar a hacerle jurídicopenalmente responsable [177].

2. El incesto entre menores de edad, § 173 III

132 Según el § 173 III, no se castiga por incesto a los descendientes y a los hermanos "si en el momento del hecho no tenían aún dieciocho años". Aquí se observa también fácilmente que la razón de la impunidad consiste en una disminución de la culpabilidad que se une a una falta de necesidad preventiva de punición [178]. La adolescencia, con sus trastornos propios de la pubertad, disminuye la capacidad de comprensión y de inhibición en cuestiones sexuales, sin excluirla por completo (de lo contrario el § 173 III sería superfluo). A ello se añade que la punición está francamente contraindicada desde la perspectiva de la prevención especial, porque habría de perjudicar de manera permanente el desarrollo del adolescente. Tampoco desde el punto de vista de la prevención general se requiere una sanción penal, porque los deslices juveniles en este terreno no incitan a los adultos a la imitación y, por otro lado, la opinión pública está dispuesta a ser indulgente con tales sucesos por ser debidos al desarrollo.

133 En cambio, el § 173 III se interpreta mayoritariamente en la literatura científica como causa personal de exclusión de la punibilidad [179]. Pero esto sólo podría convencer si la exculpación estuviera limitada al caso de exclusión plena de la culpabilidad. Como sin embargo también en causas de exculpación reconocidas, como el § 35, confluyen elementos de prevención orientada conforme a los fines de la pena, no existe motivo alguno para ubicar el § 173 III en una categoría del delito fuera de la exclusión de la responsabilidad; el que se caracterice expresamente incluso al § 173 III "como una causa personal de

---

[175] Maurach/Schroeder, BT/2[7], 98/26; Dreher/Tröndle[46], § 139, nm. 3.

[176] Así, en el resultado, tb. la op. dom.; cfr. simplemente Geilen, JuS 1965, 431 s.; Bloy, 1976, 129 ss.; LK[10]-Hanack, § 139, nm. 23; Sch/Sch/Cramer[24], § 139, nm. 4.

[177] En cambio, según el § 139 II, los religiosos en caso alguno y, según el § 139 III 2, los abogados, abogados defensores y médicos cuando se den los presupuestos del § 139 III 1 no tienen en absoluto deber de denuncia, porque se valora más por el legislador el mandato de guardar secreto.

[178] A favor de la exclusión de la culpabilidad sobre todo Bloy, 1976, 140 ss.; Jescheck, AT[4], § 42 II 1.

[179] Cfr. simplemente LK[10]-Dippel, § 173, nm. 18; Sch/Sch/Lenckner[24], § 173, nm. 9; Dreher/Tröndle[46], § 173, nm. 8; SK[4]-Horn, § 173, nm. 9; Lackner[20], § 173, nm. 7.

exclusión de la punibilidad basada en consideraciones relativas a la culpabilidad" [180] sólo puede conducir a la confusión sistemática; pues no está claro en qué consistiría la peculiaridad que diferencia este caso de otras causas de exculpación.

3. El favorecimiento personal o frustración de la pena en provecho de otro y a la vez para el propio sujeto, § 258 V

Según el § 258 V no se castiga por favorecimiento personal o frustración 134
de la pena a quien pretende evitar mediante el hecho simultáneamente una pena o medida dirigida contra él mismo. No se discute que la exención de pena se basa en una situación afín al estado de necesidad. No se debe obligar al sujeto a echarse a sí mismo la soga al cuello; se equipara el temor a la pena a las motivaciones exculpatorias del § 35. Aunque se trata claramente de un caso de exclusión de la responsabilidad jurídicopenal [181], se aprecia con carácter muy general una causa personal de exclusión de la punibilidad, subrayándose a menudo a este respecto que la misma "tiene su fundamento en el terreno de la culpabilidad" [182] o "tiene sus raíces en la culpabilidad" [183]. Sin embargo, queda sin aclarar cómo es que la ubicación en el "terreno de la culpabilidad" no daría como resultado una causa de exculpación, sino una causa de exclusión de la punibilidad.

4. El favorecimiento personal o frustración de la pena en provecho de un pariente, § 258 VI

Según el § 258 VI está exento de pena quien comete el hecho en provecho 135
de un pariente. Aquí concurre la situación de conflicto interno que dificulta la motivación con la circunstancia de que la imposición de una pena tampoco parece imprescindible desde la perspectiva de la prevención. Pues quien actúa obstaculizando o frustrando la pena sólo en provecho de un pariente no demuestra con ello una actitud en principio hostil al Derecho, de modo que tanto desde puntos de vista de prevención especial, como en atención a la opinión pública, se puede prescindir de la sanción jurídicopenal [184]. En cambio, mayoritariamente se aprecia, como en el caso del § 258 V, una causa personal de exclusión de la punibilidad, que sin embargo también aquí un sector doctrinal pone en conexión con el "ámbito de la culpabilidad" [185], mientras que

---

[180] LK[10]-Dippel, § 173, nm. 18.

[181] Schneider, 1991, 160 ss., 382 ss., atribuye de manera convincente el privilegio del autofavorecimiento en este precepto (y en otros tipos más) a razones políticocriminales de prevención general; a favor en cambio de la exclusión de la culpabilidad Dreher/Tröndle[46], § 258, nm. 13.

[182] LK[10]-Ruß, § 258, nm. 33.

[183] Sch/Sch/Stree[24], § 258, nm. 35.

[184] Muy semejante el análisis de Bloy, 1976, 125 ss. A favor de la exclusión de la culpabilidad tb. Jescheck, AT[4], § 42 II 1; Schmidhäuser, LB AT[2], 13/7; SK[5]-Rudolphi, antes del § 19, nm. 10, 14.

[185] LK[10]-Ruß, § 258, nm. 37; Sch/Sch/Stree[24], § 258, nm. 39.

el BGH, siguiendo al RG, ve en el antiguo precepto del § 257 II, correspondiente al § 258 VI, una causa personal de exclusión de la punibilidad "que deja intactas tanto la antijuridicidad como la culpabilidad del sujeto" [186].

II. El tratamiento dogmático de estos casos

136 Si se considera que los casos expuestos son causas de exclusión de la responsabilidad, entonces su tratamiento dogmático también ha de seguir las reglas propias de esta categoría. La participación de quien no se halla en una situación excluyente de la responsabilidad es por tanto punible [186a], y el error sobre los presupuestos objetivos o materiales de la exclusión de la responsabilidad se ha de tratar por analogía con el § 35 II [187].

137 Particularmente en la cuestión del error existen muchos puntos poco claros. Un sector doctrinal califica de decisiva la situación objetiva, y otro únicamente la representación subjetiva del sujeto. Todas estas hipótesis precisan de revisión. Proceden de una época en la que posición sistemática de estos preceptos era aún poco clara y no había tenido aún lugar una regulación legal del error de exculpación. Cuando p.ej. Ruß [188] caracteriza el § 258 VI como causa personal de exclusión de la punibilidad y a pesar de ello localiza "su fundamento en el terreno de la culpabilidad", es contradictorio calificar de totalmente irrelevante el error aludiendo a la antigua jurispr. Pues el no tener en cuenta de ninguna manera el error invencible sobre un elemento relevante para la culpabilidad atenta contra el principio de culpabilidad. Cuando por otro lado Stree [189] interpreta el mismo precepto exactamente de la misma manera, pero propugna tratar al modo de un error de tipo toda representación errónea, el mismo contradice la valoración legal que se expresa en el § 35 II. Sería totalmente incomprensible que alguien que en el caso del § 35 II p.ej. toma a un extraño por un pariente sólo fuera exculpado en caso de invencibilidad del error, mientras que aquel que sufriera la misma representación errónea en el marco de los § 139 III 1 o 258 VI quedara impune por muy grave que fuera su responsabilidad en la provocación del error.

---

[186] BGHSt 9, 71 (74); a favor de una causa de exclusión de la punibilidad tb. BGHSt 14, 172 s.

[186a] Cfr. tb. Niedermair, ZStW 106 (1994), 388, 393 ss., acerca los delitos con elementos de actitud interna (al respecto § 10, nm. 78 ss.), que el mismo interpreta como correctivos de la necesidad de pena, con la consecuencia de la exclusión de la responsabilidad.

[187] Así tb. para el § 258 VI Maurach/Maiwald, BT[2], 100/24.

[188] LK[10]-Ruß, § 258, nm. 37.

[189] Sch/Sch/Stree[24], § 258, nm. 39.

F. La exclusión supralegal de la responsabilidad

Bibliografía: Freudenthal, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922; Marcetus, Der Gedanke der Zumutbarkeit, Str.Abh. 243, 1928; Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff, Frank-FS, 1930, t. I, 428; Wachinger, Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des RG, Frank-FS, t. I, 1930, 469; Grünhut, Grenzen des übergesetzlichen Notstands, ZStW 51 (1931), 455; Drost, Die Zumutbarkeit bei vorsätzlichen Delikten, GA 77 (1933), 175; Schaffstein, Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund, 1933; Sauerlandt, Zur Wandlung des Zumutbarkeitsbegriffs im Strafrecht, 1944; v. Weber, Die Pflichtenkollision im Strafrecht, Kiesselbach-FS, 1947, 233; Peters, Zur Lehre von den persönlichen Strafausschließungsgründen, JR 1949, 496; Peters, Die Tötung von Menschen in Notsituationen, JR 1950, 742; Bockelmann, Zur Schuldlehre des Obersten Gerichtshofs, ZStW 63 (1951), 13; Oehler, Die Achtung vor dem Leben und die Notstandshandlung, JR 1951, 489; Welzel, Zum Notstandsproblem, ZStW 63 (1951), 47; Gallas, Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, Mezger-FS, 1954, 311 (= Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 59); Henkel, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Mezger-FS, 1954, 249; Brauneck, Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA 1959, 261; End, Existentielle Handlungen im Strafrecht, 1959; Weber, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als rechtliche Maßstäbe, Juristen-Jahrbuch 3, 1962/63, 212; Watzka, Die Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens im strafrechtlichen Notstand, tes. doct. Freiburg, 1967; Eggert, Die Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens bei den Fahrlässigkeits- und unechten Unterlassungsdelikten im Strafrecht, tes. doct. Göttingen, 1969; Roxin, An der Grenze von Begehung und Unterlassung, Engisch-FS, 1969, 400 [= Problemas básicos, 1976, 226]; Spendel, Der Conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderungsgrund, Engisch-FS, 1969, 509; Wittig, Der übergesetzliche Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit in verfassungsrechtlicher Sicht, JZ 1969, 546; Krey, Grundfälle zu den Straftaten gegen das Leben, JuS 1971, 248; Küper, Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung, JuS 1971, 474; Arth. Kaufmann, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, Maurach-FS, 1972, 327; Lenckner, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, en: Göppinger/Witter (eds.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, t. I, 1972, 3; Mangakis, Die Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts, ZStW 84 (1972), 447; Nowakowski, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, 19; Ulsenheimer, Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens bei Gefahr eigener Strafverfolgung, GA 1972, 1; Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974; Roxin, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Henkel-FS, 1974, 171 [= Problemas básicos, 1976, 200]; Achenbach, Wiederbelebung der allgemeinen Nichtzumutbarkeit im Strafrecht?, JR 1975, 492; Blei, Zumutbarkeit und Vorverhalten beim entschuldigenden Notstand, JA 1975, 307; Lang-Hinrichsen, Epoché und Schuld. Über den von strafrechtlicher Schuld ausgeschlossenen Raum, Bärmann-FS, 1975, 583; Lücke, Der allgemeine Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit als methodisches und verfassungsrechtliches Problem, JR 1975, 55; Rödig, Zur Problematik des Verbrechensaufbaus, Lange-FS, 1976, 39; Kienapfel, Dogmatische Probleme der Unzumutbarkeit, JBl 1977, 530; Otto, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, [3]1978; Spendel, Der hypothetisch gleiche oder schwerere Deliktserfolg als Strafmaßproblem, Bruns-FS, 1978, 249; Hirsch, Strafrecht und rechtsfreier Raum, Bockelmann-FS, 1979, 89; Küper, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979; Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; Küper, Die dämonische Macht des "Katzenkönigs", JZ 1989, 617; Schaffstein, Der Täter hinter dem Täter bei vermeidbarem Verbotsirrtum, NStZ 1989, 153.

I. ¿La inexigibilidad como causa de exculpación supralegal?

La existencia de una causa general de exculpación supralegal de inexigibilidad, tal y como la había desarrollado poco después de la primera guerra 138

mundial Freudenthal [190], fue ya rechazada mayoritariamente en la época de Weimar tras un generalizado reconocimiento inicial (más detenidamente ya § 19, nm. 11) y fue desestimada también, tras algunas vacilaciones, por el Reichsgericht (RGSt 66, 397) [191], al menos para los delitos comisivos dolosos, los únicos que se examinarán aquí. En la época posterior a la segunda guerra mundial, Eb. Schmidt [192] fue el primero en defender la opinión de que el problema de la inexigibilidad "se debería... volver a despertar... del sueño de la Bella durmiente". Pero los intentos de deducir desde entonces de la Ley Fundamental una causa general de exculpación de inexigibilidad [193] han hallado en general rechazo [194].

139 Este rechazo está justificado. Cuando Wittig pretende deducir inmediatamente del principio de culpabilidad constitucionalmente garantizado una causa supralegal de exculpación de inexigibilidad, el mismo pasa por alto así que aquí no se trata de casos de inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad, sino de la cuestión de si, a pesar de que en sí exista culpabilidad, se puede renunciar a pena; el principio de culpabilidad no puede dar una respuesta a ello. Y el intento de Lücke de desarrollar la inexigibilidad, con ayuda de la aplicación analógica del § 242 BGB (buena fe), a partir "de la justicia como elemento del principio del Estado de Derecho (art. 20 aps. 2 y 3 GG)", fracasa porque una cláusula general vigente para la producción de efectos jurídicociviles y que remite a los usos del tráfico no puede ser trasladada al Derecho penal, que se orienta conforme a los principios de culpabilidad, de prevención y de precisión o concreción de la ley.

140 La concepción aquí adoptada de la responsabilidad permite sin embargo advertir más fácilmente que la invocación del concepto normativo de culpabilidad por qué no puede plantearse una causa general de exculpación de inexigibilidad. Si efectivamente se tratara de la culpabilidad, entonces, en caso de que faltara, se podría fundamentar una exención de pena inmediatamente a partir del principio de culpabilidad, incluso sin necesidad de una causa de legal de exculpación. Pues la vinculación al principio de culpabilidad viene prefijada constitucionalmente o al menos está jurídicopenalmente tan afianzada que podría servir para la elaboración de causas de exclusión de la culpabilidad, del mismo modo que en otro tiempo el estado de necesidad justificante supralegal en los supuestos de colisión de intereses se desarrolló a partir del principio de la utilidad o provecho social preponderante. Sin embargo, los casos que aquí interesan se refieren al problema de bajo qué presupuestos se puede conceder indulgencia, más allá del tenor literal de la ley,

---

190 Freudenthal, 1922.
191 Exposición de síntesis y resumen en Henkel, Mezger-FS, 1954, 253-259.
192 En su comentario a OGHSt 1, 321, SJZ 1949, col. 568.
193 Wittig, JZ 1969, 546 ss.; Lücke, JR 1975, 55 ss.
194 Cfr. en particular Achenbach, JR 1975, 492 ss.

al sujeto que ha cometido un hecho injusto que habría podido omitir sin peligro propio. No se trata de una cuestión de culpabilidad, sino de responsabilidad. No se debate si el sujeto podía actuar de otro modo, sino si su actuación antijurídica y de modo evitable culpable precisa de pena. Sin embargo, las consideraciones políticocriminales relativas a los fines de la pena que hay que realizar para decidirlo deben quedar reservadas en principio al legislador. Si se permitiera que la política criminal del juez decidiera sobre la punibilidad de una conducta, se atentaría contra la división de poderes, así como contra el principio constitucional de precisión o concreción.

Es por tanto inadmisible habilitar al juez con carácter general para eximir **141** de pena, sin base en la ley, con ayuda de una fórmula vacía como la de la inexigibilidad. Sin embargo, ello no excluye la posibilidad de apreciar, en grupos de casos de contornos precisos y en desarrollo cauteloso del Derecho escrito, una exclusión de la responsabilidad cuando los parámetros valorativos que han de extraerse de la ley vigente permiten reconocer con seguridad la falta de necesidad preventiva de pena. Ahora bien, el recurso a una exclusión supralegal de la responsabilidad es superfluo para dos grupos de casos mencionados con especial frecuencia en este contexto: la colisión de deberes ha de clasificarse sistemáticamente ya como causa de justificación, según la concepción correcta (sobre su delimitación y ubicación más detenidamente § 16, nm. 100 ss.). Y el hecho realizado por motivos de conciencia (*supra* nm. 100 ss.) fundamenta en su caso una causa extrapenal, pero no "supralegal" de exclusión de la responsabilidad, pues la exculpación se basa en el art. 4 GG. Así pues, sólo quedan ya los supuestos de hecho que se discuten desde las perspectivas de la "comunidad de peligro" y del "mal menor".

II. La comunidad de peligro como causa de exclusión de la responsabilidad

1. La fundamentación de la exclusión supralegal de la responsabilidad

El único grupo de casos sobre cuya impunidad existe sustancialmente acuer- **142** do es el de la comunidad de peligro: varias personas o un grupo de personas están igualmente amenazadas de muerte; una o algunas de ellas son sacrificadas porque ésta es la única vía para salvar al menos a los demás. Una opinión minoritaria digna de tenerse en cuenta aprecia en tales casos ya un estado de necesidad justificante. Los correspondientes ejemplos y las razones para rechazar esta concepción ya fueron expuestos *supra* (§ 16, nm. 31 ss.). Aquí nos remitimos a ese lugar.

La solución correcta podría consistir en la afirmación de una exclusión **143** supralegal de la responsabilidad. Ejemplifiquémoslo con el supuesto de los

médicos de la eutanasia, el único caso que hasta ahora ha llegado a la práctica en la jurispr. alemana (cfr. § 16, nm. 31 ss.). Estos médicos actuaron antijurídicamente cuando, en el marco de la acción nacionalsocialista para asesinar enfermos mentales, colaboraron en la "selección" de un número de víctimas para salvar a la gran mayoría, que, en caso de haber rehusado los médicos cualquier implicación, con alta probabilidad habría estado igualmente perdida. Pues ni siquiera la finalidad salvadora autorizaba a acortar la vida de inocentes, máxime dado que nunca se puede saber con seguridad absoluta lo que habría ocurrido en caso de rehusar toda colaboración (más detenidamente § 16, nm. 32-35). Pero junto con la decisión en favor de la antijuridicidad, también hay que afirmar la culpabilidad de los médicos, pues hay que partir de la base de que los mismos habrían podido rechazar sin peligro para su propia vida la colaboración en la acción eutanásica y con ello en los delitos de asesinato. Se hallaron sin duda en un conflicto interno, pero éste no excluía otra conducta.

144 Pero con ello no se dice que los médicos hayan de ser castigados. Pues, según la concepción que aquí se sigue, la responsabilidad también puede ser excluida cuando, a pesar de restar algo de culpabilidad, no existe una necesidad preventiva de punición. Ello sucede en estos casos. El motivo de los médicos era salvar vidas humanas dentro del marco de lo posible. Su conducta no estaba por tanto guiada por una tendencia hostil al bien jurídico, sino conservadora del bien jurídico. Esta circunstancia y la sobreexigencia por el carácter singular o único de una situación extrema que a juicio humano nunca se repetirá hacen desaparecer la necesidad de castigo. No resulta preventivoespecialmente indicado, porque los sujetos están socialmente integrados y no existe peligro de reincidencia; también está de más sancionar por razones preventivogenerales, porque la conducta de los sujetos, debido a la falta de salidas de la situación, puede contar con indulgencia en la opinión pública y la singularidad del acontecimiento hace superfluo prevenir la imitación. Ello rige *mutatis mutandis* también para los restantes supuestos de hecho discutidos desde el punto de vista de la comunidad de peligro (§ 16, nm. 31).

145 La suposición errónea de los presupuestos objetivos o materiales de una exclusión supralegal de la responsabilidad —igual que en el caso de las causas de exclusión de la responsabilidad de la Parte especial (nm. 136 s.)— ha de tratarse por analogía con el § 35 II [195].

---

[195] Esta constelación se discute con más frecuencia desde el curioso caso del rey de los gatos *(Katzenkönigsfall)* (BGHSt 35, 347); el que más a fondo lo hace es Küper, JZ 1989, 626 ss., con ulteriores referencias en n. 69; como aquí Schaffstein, NStZ 1989, 154.

2. La doctrina dominante de la exclusión supralegal de la culpabilidad

Frente a lo anterior, la op. dom. aprecia, siguiendo el ejemplo de Welzel [196] y Eb. Schmidt [197], una exclusión supralegal de la culpabilidad [198]. Ello conduce al mismo resultado práctico, pero difícilmente se puede fundamentar de manera suficiente. Welzel opina que "en caso de comunidad de peligro para la vida humana, la elección del mal menor" debería "ser una causa de exclusión de la culpabilidad" [199]. El ordenamiento jurídico debería "mostrarse indulgente, porque cualquier otro miembro de la comunidad jurídica en el lugar del sujeto, para actuar correctamente, tenía que actuar del mismo modo que el sujeto" [200]. Si ello fuera correcto, al sujeto se le debería conceder la justificación [201]. No se puede conceder al sujeto la elección del mal menor y obligar a cualquier otro ciudadano a la misma conducta, pero a la vez declarar antijurídico lo que cualquiera habría debido hacer para actuar "correctamente" (¡!), sino que, si una conducta se juzga antijurídica, necesariamente ha de atentar contra lo debido. Pero entonces no está claro por qué a un sujeto que se ha decidido por el injusto no debe alcanzarle el reproche de culpabilidad. **146**

En una contradicción similar se ve envuelto Eb. Schmidt [202]. Por un lado, considera antijurídica la conducta de los médicos porque los mismos "jugaron con el destino de una manera intolerable desde la perspectiva del Derecho frente a todas las personas que corrían peligro en la misma medida"; no habría un "derecho a anticiparse al destino". Pero después el mismo apoya la exclusión de la culpabilidad en que la culpabilidad habría de negarse por falta del elemento normativo de la culpabilidad consistente en la deficiencia o incorrección de la motivación: "La motivación al hecho antijurídico no puede ser valorada en cualquier caso por el Estado en esta situación como contraria a deber, defectuosa, contraria a lo que debe ser." Pero, ¿cómo va a ser posible exceptuar de la valoración como "defectuosa" y "contraria a lo que debe ser" una motivación dirigida a una conducta jurídicamente "intolerable" y por tanto antijurídica? **147**

Lang-Hinrichsen [203], si bien no pretende negar claramente la culpabilidad, sí pretende dejar abierta como irresoluble la cuestión de su existencia y apre- **148**

---

[196] Welzel, MDR 1949, 373 ss.
[197] Eb. Schmidt, SJZ 1949, cols. 560 ss.
[198] Dado que esta opinión se defiende de modo absolutamente mayoritario en los comentarios y tratados, renunciaremos aquí a referencias concretas. Spendel, Engisch-FS, 1969, 509 ss., 518 ss., afirma por el contrario acertadamente la antijuridicidad y la culpabilidad, pero rechaza toda exención de pena y aboga únicamente por una causa de atenuación de la pena.
[199] Welzel, MDR 1949, 375.
[200] Welzel, StrafR[11], 184 [= PG, 1987, 257; N. del T.].
[201] Cfr. al respecto ya Roxin, Henkel-FS, 1974, 195 [=Problemas básicos, 1976, 222; N. del T.]. Una crítica similar en Spendel, Engisch-FS, 1969, 518 ss.; Lang-Hinrichsen, Bärmann-FS, 1975, 590 ss.
[202] Eb. Schmidt, SJZ 1949, cols. 565 s., 569.
[203] Lang-Hinrichsen, Bärmann-FS, 1975, 600 ss. (602 s.).

ciar un "espacio excluido del juicio jurídicopenal de culpabilidad", con la consecuencia de "que a falta de afirmación de la culpabilidad, ha de tener lugar la absolución". Habría que tratar el caso "sin resolver ni en el sentido de la existencia de culpabilidad ni en el de la falta de culpabilidad, sino absteniéndose de un juicio sobre la culpabilidad". Pero si el Derecho exige acertadamente de los médicos que se inhiban de cualquier implicación en el asesinato, entonces no se entiende bien por qué no va a poderse afirmar su culpabilidad si los mismos no acatan este mandato que se puede cumplir perfectamente [204].

3. La apreciación de una causa de exclusión de la punibilidad

149 El Tribunal Supremo para la Zona Británica (OGH) [205] trató de eludir la problemática de la exclusión de la culpabilidad concediendo a los médicos no una causa de exclusión de la culpabilidad, sino una causa personal de exclusión de la punibilidad; Peters [206] defendió enérgicamente esta solución. El OGH, como resulta consecuente con la apreciación de una conducta antijurídica, afirmó la culpabilidad del sujeto e invocó para fundamentar la impunidad ya en la primera sentencia, si bien de manera no muy clara, "consideraciones de política jurídicopenal" [207]. En la segunda sentencia se subraya de manera clara y acertada que "sólo la observancia de la prohibición categórica de matar" (es decir la negativa a cualquier colaboración) habría excluido "todo reproche jurídico de culpabilidad" (más exactamente: habría excluido ya la antijuridicidad de la conducta de los sujetos) [208]. La culpabilidad se basa aquí sin embargo en el carácter moralmente disonante y discutible de la conducta de los médicos y no simplemente en que se decidieron sin coacción contra lo jurídicamente ordenado. Esta posición es seguida por Peters [209]: se trataría "sólo de una renuncia a la pena", a pesar de la afirmación de una acción culpable. No faltaría la culpabilidad, sino una necesidad preventivoespecial o preventivogeneral de pena [210].

150 Así pues, el OGH y Peters coinciden con la opinión aquí defendida en que la exención de pena la motiva la falta no de culpabilidad, sino de necesidad políticocriminal de pena. Sin embargo, bajo el influjo de la opinión tradicional, que ignora el tinte políticocriminal de la categoría de la responsabilidad, los mismos opinan erróneamente que sólo pueden tenerlo en cuenta desde la

---

[204] Así tb. Spendel, Bruns-FS, 1978, 253.
[205] OGHSt 1, 321; 2, 117.
[206] Peters, JR 1949, 496 ss.; idem, JR 1950, 742 ss.; Oehler, JR 1951, 489 ss., aprecia una causa material u objetiva de exclusión de la punibilidad.
[207] OGHSt 1, 339.
[208] Aquí y en lo que sigue: OGHSt 2, 125.
[209] Peters, JR 1949, 499.
[210] Peters, JR 1950, 745; ello se ilustra sin embargo con otro ejemplo.

perspectiva de una causa de exclusión de la punibilidad. Welzel objetó acertadamente a Peters [211] "que sólo se plantea una causa personal de exclusión de la punibilidad cuando no se trata del contenido de desvalor criminal del hecho mismo, sino cuando meramente por aspectos ajenos al Derecho penal se prescinde de pena para el hecho típico, antijurídico y culpable" (cfr. más detenidamente § 23, nm. 21 ss.). Tampoco p.ej. el estado de necesidad disculpante elimina la culpabilidad, sino sólo la necesidad de pena, y sin embargo no es sólo una causa de exclusión de la punibilidad [212], sino un caso de exclusión de la responsabilidad.

4. La apreciación de un error de prohibición

El BGH [213] negó asimismo una causa de exclusión de la culpabilidad en el 151
"caso de la eutanasia", pero no consideró la posibilidad de una causa de exclusión de la punibilidad, sino que únicamente encomendó al tribunal de instancia examinar si no podría concurrir un error de prohibición invencible. Sin embargo, difícilmente se puede fundamentar de ese modo la impunidad de los médicos, pues, si el BGH apoya la antijuridicidad de su conducta en la consideración de que contradiría "la concepción cultural dominante definida a partir de la doctrina moral cristiana... aplicar el principio del mal menor, adecuado para la conservación de bienes patrimoniales, y ponderar el desvalor jurídico del hecho conforme al resultado global social, cuando están en juego vidas humanas", entonces es difícilmente imaginable cómo podría ser invencible un eventual error de prohibición. Pues el desconocimiento de la "concepción cultural dominante" no puede ser inevitable o invencible. La idea de una exclusión supralegal de la responsabilidad motivada políticocriminalmente ofrece por tanto la única solución coherente.

III. ¿La elección del mal menor como causa de la exclusión de la responsabilidad en la muerte de seres humanos?

Ulteriormente se plantea la cuestión de si también fuera de las comunidades 152
de peligro el sacrificio de personas inocentes puede ser susceptible de exculpación supralegal cuando constituye el único medio de salvar a un número mayor de personas o a personas con mayor probabilidad de sobrevivir. Welzel lo admitió desde la perspectiva de la "elección del mal menor" [214] y con ello ha sido objeto en no pocas ocasiones de aprobación en la doctrina cien-

[211] Welzel, ZStW 63 (1951), 48.

[212] Esto opina no obstante Peters, JR 1950, 746; sin embargo, ello ya no es compatible con el actual tenor literal del § 35.

[213] BGH NJW 1953, 513 s.

[214] Welzel, ZStW 63 (1951), 51 ss. (51); idem, StrafR[11], 185 [= PG, 1987, 257; N. del T.].

tífica [215]. Welzel construye el caso en que un vagón de mercancías sin maquinista se aproxima a toda velocidad hacia un tren de pasajeros "y mataría a un gran número de personas". En el último minuto un empleado del ferrocarril desvía el vagón a la vía secundaria con la consecuencia prevista de que mueren tres trabajadores que faenaban allí. Welzel opina que no se podría "prohibir... seriamente" al empleado "cambiar las agujas por el hecho de que de ese modo se decide por la muerte consciente de personas inocentes que de lo contrario habrían seguido viviendo". El empleado que omitiera cambiar las agujas habría "actuado de manera manifiestamente incorrecta no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también desde el punto de vista ético". Es verdad que el empleado habría asumido mediante el cambio de agujas también una culpabilidad moral, pero la culpabilidad jurídica comenzaría "sólo a partir de un determinado grado de gravedad de la culpabilidad moral" [216]. "La culpabilidad jurídica es una determinada reprochabilidad social del hecho; cuando falta esta reprochabilidad social porque cualquier miembro de la comunidad jurídica en el lugar del sujeto había de actuar del mismo modo, falta también la culpabilidad jurídica." De manera análoga Welzel [217] pretende disculpar el que un cirujano, cuyos corazones-pulmones artificiales ya están "ocupados", mate retirando el aparato a un paciente ya conectado con menor probabilidad de sobrevivir, para salvar a un paciente recién ingresado con mayor probabilidad de sobrevivir [218].

153 Sin embargo, la anterior opinión no es de recibo. En primer lugar se produce aquí la misma contradicción que en el caso de la comunidad de peligro. Si el Derecho no pudiera prohibir una actuación como la que nos ocupa y una conducta pasiva fuera "desde el punto de vista jurídico... manifiestamente incorrecta", existiría una causa de justificación; la escasa culpabilidad "moral" acaso existente no podría modificar en nada lo anterior. Sin embargo, en realidad no falta, por las razones ya mencionadas en el caso la comunidad de peligro, ni la antijuridicidad ni la culpabilidad. Pero se habrá de afirmar incluso la necesidad preventiva de pena, de modo que en esta constelación no tiene lugar una exclusión supralegal de la responsabilidad y queda en pie la punibilidad —que sin duda hay que atenuar—.

---

215 LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 200; Stratenwerth, AT[3], nm. 627 ss.; Schmidhäuser, StuB AT[2], 8/45, opina incluso: "En un caso así se puede afirmar una exculpación supralegal aún más fácilmente que en el caso de los médicos de la época nacionalsocialista." A favor de la impunidad tb. Lang-Hinrichsen, Bärmann-FS, 1975, 590 ss. De acuerdo con Welzel, limitándolo a los casos de "auténtico cargo o conflicto de conciencia": SK[5]-Rudolphi, antes del § 19, nm. 8 s.; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 117. En contra, como aquí, de una exculpación en el caso del guardaagujas Jakobs, AT[2], 20/42.

216 Welzel, ZStW 63 (1951), 54.

217 Welzel, StrafR[11], 185 [= PG, 1987, 257; N. del T.].

218 En contra sin embargo, entre otros, Roxin, Engisch-FS, 1969, 400, n. 58 [= Problemas básicos, 1976, 243, n. 58]; LK[10]-Hirsch, antes del § 32, nm. 205; SK[5]-Rudolphi, antes del § 19, nm. 9; Krey, JuS 1971, 248 ss. Más bien a favor de la exculpación supralegal: Küper, JuS 1971, 474 ss.

La razón consiste en que en casos de esta índole no se restringe un peligro 154
general que afecta a individuos que estarían de todos modos perdidos en caso de inactividad del que se ingiere, sino que el mismo se descarga sobre personas no implicadas. No obstante, se ha de reconocer también aquí una tendencia del sujeto favorable al bien jurídico, de modo que no habría razones de prevención especial que hicieran necesaria la sanción penal. Pero la sanción está preventivogeneralmente indicada, pues son extremadamente escasas las comunidades de peligro en que se plantee una ingerencia de personas que no se hallen en peligro no amparada por el § 35. El caso de los médicos de la eutanasia es el único sucedido hasta ahora y es impensable su repetición en las condiciones propias del Estado de Derecho, de modo que se puede admitir la impunidad. En cambio, la descarga de peligros sobre otros es siempre y a menudo posible, y su tolerancia como excluyente de la responsabilidad habría de conmover de manera insoportable el sentimiento de seguridad jurídica de la colectividad.

Ello no salta a la vista en el ejemplo del guardaagujas de Welzel, porque 155
se trata de un caso construido que es poco imaginable en la realidad. Pero el caso del corazón-pulmón artificial ya pone de relieve las graves consecuencias de la impunidad del homicidio. Cuando la conexión al aparato respirador ya no ofrece ninguna perspectiva de mejoría, se puede desconectar de todos modos sin que se haya de recurrir a una exclusión supralegal de la responsabilidad. Pero si todavía existe esa perspectiva, entonces la admisión de un homicidio médico arbitrario con la finalidad de salvar a otros destruiría la confianza en el cuerpo médico e impediría a cualquier paciente precavido volver a entrar siquiera en un hospital. Lo consecuente sería entonces disculpar también en los demás casos el homicidio de enfermos terminales cuando tuviera lugar sólo con la finalidad de salvar la vida a otro trasplantándole su corazón y sus riñones. Asimismo debería estar disculpada en el caso de personas sanas la extracción por la fuerza de un riñón, cuya inadmisibilidad está fuera de discusión, cuando sea necesaria para la salvación de otra vida. Quien asesina a un político de alto nivel debería ser disculpado cuando el inductor le hubiera amenazado con matar a tiros a cinco personas cualesquiera de entre la población civil en caso de negarse. Tal cosa no se puede admitir. Por el contrario, los inocentes y los no implicados en una situación de peligro deben poder confiar en que el Derecho les protege en cualquier cincunstancia de la destrucción violenta de su vida o su salud.

No se puede objetar a ello que el permanecer inactivo habría costado un 156
sacrificio aún mayor y por tanto habría comportado mayor culpabilidad. Así lo estima sin embargo Welzel [219]: "... el ser humano, al querer apartarse (quedarse al margen), también se decide y mediante su no actuar echa mucho

[219] Welzel, ZStW 63 (1951), 52.

mayor culpabilidad sobre sus espaldas." Pero ello no es correcto, pues lo que el destino impone no ha de ser imputado al ser humano. Se sabe que muchas personas deben morir porque no hay suficientes corazones y riñones disponibles para fines de trasplante. Pero ello se asume porque también en otros casos cada cual debe soportar su —a veces triste— destino. Sólo el intento de corregir el destino a costa de personas no implicadas perturbaría la paz jurídica. Por eso el mismo debe impedirse bajo pena.

SECCION 6.ª

OTROS PRESUPUESTOS DE PUNIBILIDAD

§ 23. Condiciones objetivas de punibilidad y causas de exclusión de la punibilidad

Bibliografía: Beling, Die strafrechtliche Behandlung der Exterritorialität, 1896; Finger, Tatbestandsmerkmale und Bedingungen der Strafbarkeit, GA 50 (1903), 32; Land, System der äußeren Strafbarkeitsbedingungen, Str. Abh. 229, 1927; Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, Str. Abh. 237, 1928; Rittler, Strafbarkeitsbedingungen, Frank-FS, 1930, t. II, 1; Kantorowicz, Tat und Schuld, 1933; Radbruch, Tat und Schuld, SchwZStr 51 (1937), 245; H. Mayer, Die folgenschwere Unmäßigkeit (§ 330 a StGB), ZStW 59 (1940), 283; Peters, Zur Lehre von den persönlichen Strafausschließungsgründen, JR 1949, 496; Bockelmann, Die Unverfolgbarkeit der Abgeordneten nach deutschem Immunitätsrecht, 1951; Welzel, Der Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung, JZ 1952, 19; Sauer, Die beiden Tatbestandsbegriffe. Zur Lehre von den äußeren Strafbarkeitsvoraussetzungen, Mezger-FS, 1954, 117; Kielwein, Unterlassung und Teilnahme, GA 1955, 225; v. Weber, Das Absehen von Strafe, MDR 1956, 705; Bemmann, Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, 1957; Lange, Die Behandlung der Volltrunkenheit in der Strafrechtsreform, JR 1957, 242; Bockelmann, Bedingungen der Strafbarkeit, NiedStrKomm. 5, 1958, 84; Schweikert, Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten, ZStW 70 (1958), 394; Schmidhäuser, Objektive Strafbarkeitsbedingungen, ZStW 71 (1959), 545; Schwalm, Gibt es objektive Strafbarkeitsbedingungen?, MDR 1959, 906; Stratenwerth, Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1959, ZStW 71 (1959), 565; Bemmann, Welche Bedeutung hat das Erfordernis der Rauschtat in § 330 a StGB?, GA 1961, 65; Hardwig, Studien zum Vollrauschtatbestand, Eb. Schmidt-FS, 1961, 459; Lang-Hinrichsen, Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht, ZStW 73 (1961), 210; Stree, Beteiligung an einer Schlägerei, JuS 1962, 93; Arth. Kaufmann, Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit, JZ 1963, 425 (= Schuld und Strafe, [2]1983, 229); Hardwig, Der Vollrauschtatbestand, GA 1964, 140; Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen im schweizerischen Strafrecht, 1964; Stree, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, JuS 1965, 465; Lorenz, Über das Wesen der strafrechtlichen Verjährung, GA 1966, 371; Hirsch, Ehre und Beleidigung, 1967; H. Kaufmann, Strafanspruch, Strafklagerecht. Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht, 1968; Hass, Die Entstehungsgeschichte der objektiven Strafbarkeitsbedingungen, tes. doct. Kiel, 1969; Hass, Abschied von der objektiven Strafbarkeitsbedingung, ZRP 1970, 196; Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970 ([2]1973); Lampe, Gefährliche Körperverletzung und körperliche Gefährdung, ZStW 83 (1971), 177; Hass, Zu Wesen und Funktion der objektiven Strafbarkeitsbedingung, Rechtstheorie 3 (1972), 23; Langer, Das Sonderverbrechen, 1972; Naucke, Der Begriff der "geringen Schuld" (§ 153 StPO) im Straftatsystem, Maurach-FS, 1972, 197; Roxin, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, Heinitz-FS, 1972, 251 [= Problemas básicos, 1976, 248]; Hass, Wie entstehen Rechtsbegriffe? Dargestellt am Beispiel der objektiven Strafbarkeitsbedingung, 1973; Carstens, Schutzgesetz und objektive Strafbarkeitsbedingungen, MDR 1974, 983; Tiedemann, Objektive Strafbarkeitsbedingungen und die Reform des deutschen Konkursstrafrechts, ZRP 1975, 129; Bloy, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976; Sax, "Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung, JZ 1976, 9, 80, 429; Otto, Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien, Schröder-GS, 1978, 53; Volk, Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht, 1978; Oehler, Immunität, Exterritorialität und Asylrecht im internationalen Strafrecht, ZStW 91 (1979), 395; Paeffgen, Der Verrat in irriger Annahme eines Staatsgeheimnisses etc., 1979; Krause, Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit,

Jura 1980, 449; Alwart, Strafwürdiges Versuchen, 1982; Arth. Kaufmann, Schuld und Strafe, [2]1983; Henke, Beteiligung an einer Schlägerei (§ 227 StGB), Jura 1985, 585; Volk, Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus, ZStW 97 (1985), 871; Montenbruck, Zur "Beteiligung an einer Schlägerei" - zugleich ein Beitrag zur gebotenen restriktiven Auslegung der Tateinheit gem. § 52 StGB, JR 1986, 138; Herzberg, Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch, Lackner-FS, 1987, 325; Frister, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 1988; Roxin, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, JuS 1988, 425; Bernsmann, "Entschuldigung" durch Notstand, 1989; Roxin, Zur systematischen Einordnung des § 42 StGB, Pallin-FS, 1989, 345; Altpeter, Strafwürdigkeit und Straftatsystem, 1990; Bloy, Die Rolle der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe in der Dogmatik und im Gutachten, JuS 1993, L 33; Wolter, Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem, 140 Jahre GA, 1993, 269.

I. Presupuestos de la punibilidad más allá de la responsabilidad. Planteamiento del problema y ejemplos

1 Por regla general, una acción típica, antijurídica y efectuada responsablemente también es punible. Por tanto, una cuarta categoría delictiva más allá del sistema tripartito del delito no designa un presupuesto general de la punibilidad y ya por esa razón no puede tener el mismo rango que el tipo, la antijuridicidad y la responsabilidad. La cuestión se limita de antemano a la de si en algunos tipos concretos han de concurrir otras circunstancias, aparte de la responsabilidad por una actuación injusta, para que haya punibilidad, o si la concurrencia de determinadas circunstancias excluye la punibilidad que en otro caso se produciría. Es sumamente polémico el problema de si existen tales circunstancias, qué elementos pertenecen a las mismas y qué criterios comunes existen en su caso que las caractericen; y sólo existe acuerdo sobre el punto de partida, a saber, que en todo caso tales elementos no pueden pertenecer al injusto o a la culpabilidad. A continuación se esbozará en primer lugar la op. dom., pues sólo en la discusión con la misma resultan comprensibles las concepciones discrepantes.

2 Las circunstancias que han de añadirse a la acción que realiza un injusto responsable para que se genere la punibilidad, se denominan **condiciones objetivas de punibilidad** [1]. Entre ellas se cuentan, ante todo, determinados resultados que fundamentan la punibilidad y a los que no es preciso que se refieran el dolo o la imprudencia del autor. El ejemplo más importante en la práctica es el tipo de la embriaguez total (§ 323 a), tal como se interpreta de modo dominante en jurispr. y doctrina. Según esa interpretación, actúa ya de modo típico, antijurídico y culpable el que se coloca en una situación de embriaguez que puede excluir la imputabilidad; el solo hecho de embriagarse culpablemente, según esta teoría, justificaría en principio la punición, y sólo

[1] Ofrece una visión de conjunto sobre el estado de las opiniones Krause, Jura 1980, 449.

por razones de economía punitiva se requiere adicionalmente para la punibilidad que en su embriaguez el sujeto cometa un hecho antijurídico; y respecto de ese hecho cometido en estado de embriaguez, el sujeto no tiene por qué haber obrado dolosa ni imprudentemente, sino que aquél es una condición puramente "objetiva" (es decir, no abarcada por la actuación culpable) de punibilidad. Lo propio ocurre, según la op. dom., con la muerte o lesiones graves como circunstancia desencadenante de la punibilidad en caso de riña (§ 227), así como con la suspensión de pagos y apertura del concurso (o su rechazo por falta de masa) en las quiebras punibles (§ 283). Pero no sólo resultados que fundamentan la punibilidad y son independientes de la culpabilidad, sino también otras circunstancias se consideran condiciones objetivas de punibilidad; el caso más ampliamente reconocido como tal es el de la "garantía de reciprocidad" y el del "mantenimiento de relaciones diplomáticas (§ 104 a) en los delitos contra Estados extranjeros (§§ 102 ss.), que no son componentes de la acción injusta y responsable y sin embargo son condición de la punibilidad.

En contraposición a las condiciones objetivas de punibilidad, las **causas de exclusión de la punibilidad** (o de la pena) son aquellas circunstancias cuya concurrencia excluye la punibilidad o cuya no concurrencia es presupuesto de la punibilidad. A este respecto es frecuente volver a distinguir entre causas personales de exclusión de la punibilidad, causas materiales (objetivas) de exclusión de la punibilidad y causas de supresión de la punibilidad. **3**

En las **causas personales de exclusión de la punibilidad** la exlusión de la pena no afecta a todos los intervinientes, sino sólo a aquél en cuya persona concurra el elemento excluyente de la punibilidad. Entre ellas se incluyen, sobre todo, la indemnidad (impunidad de las expresiones parlamentarias, § 36) y —en parte— la extraterritorialidad (§§ 18 ss. GVG), pero también preceptos como el § 173 III y el § 258 VI, que sin embargo aquí se han ubicado *supra* (§ 22, nm. 132, 135) entre las causas de exclusión de la responsabilidad. La idea rectora es la misma que la de las condiciones objetivas de punibilidad. Así p.ej., si un diputado injuria a otro durante una sesión del parlamento, ello constituye un hecho por el que en sí mismo habría merecido que se le impusiera una pena, como a cualquier otro autor de unas injurias; pese a ello, el § 36 excluye la pena para no perturbar la capacidad funcional del Parlamento. En cambio, esa exclusión de la pena no afecta a los intervinientes que no sean miembros de los grupos mencionados en el § 36. En este punto radica la diferencia con la **causa material (objetiva) de exclusión de la punibilidad:** así, según una opinión bastante extendida, en la maledicencia o difamación no realizada a sabiendas (§ 186) la aportación de la prueba de la verdad es una causa de exclusión de la punibilidad que despliega su eficacia por igual para todos los que hayan intervenido en la maledicencia. Y como **causas personales de supresión de la punibilidad** se citan el desistimiento volun- **4**

tario de la tentativa (§ 24) y los casos de desistimiento eximente de pena en el delito consumado (p.ej. §§ 163 II, 310): se parte de la base de que en sí misma se da una acción punible, pero que posteriormente se vuelve a suprimir la punibilidad respecto del que desiste —sin perjuicio de que subsista la punibilidad de la conducta de los otros intervinientes—.

5 La diferencia entre condiciones objetivas de punibilidad y causas materiales de exclusión de la punibilidad es de carácter puramente formal; pues es indiferente que v.gr. se califique la imposibilidad de probar la verdad en la maledicencia como condición objetiva de punibilidad, o que se califique el hecho de lograr la prueba de la verdad como causa material de exclusión de la punibilidad.

II. La hiperextensión de la cuarta categoría del delito en la doctrina dominante

6 La polémica sobre la significación dogmática y la justificación políticocriminal de las condiciones objetivas de punibilidad y de las causas de exclusión de la punibilidad se debe, y no en último término, a que esta rúbrica constituye un revoltijo de elementos muy heterogéneos, sobre los que es casi imposible hacer afirmaciones generales. En la misma se enumeran múltiples elementos, en los que un análisis más exacto puede poner de manifiesto que no están al margen de la estructura tripartita del delito, sino que se pueden incluir en el tipo, en la antijuridicidad o en la responsabilidad. Sólo si se excluyen tales elementos, cabe elaborar claramente la estructura de los presupuestos de la punibilidad que deben describirse en una cuarta categoría.

1. Aparentes condiciones de punibilidad como elementos del tipo

7 Respecto de algunas de las más citadas de las presuntas condiciones de punibilidad, ya se ha aludido reiteradamente a que no son en absoluto neutras en cuanto al injusto [2]. Así sucede sobre todo en las importantes previsiones penales de los §§ 323 a y 227. Los detalles de la problemática de estos tipos pertenecen a la Parte especial, y aquí sólo se va a tratar tal problemática en la medida en que es preciso para aclarar el curso de los pensamientos propios.

8 a) En el delito de la provocación de la propia embriaguez (§ 323 a), tan importante en la práctica, es insostenible la opinión que considera que ya el simple hecho de embriagarse sin consecuencias justifica una pena de prisión de hasta cinco años y que la restricción de la punibilidad al caso de que se cometan hechos delictivos en ese estado de embriaguez sólo supone una exención de pena para sujetos culpables, que no es problemática desde el punto de vista del principio de culpabilidad. Esto es insostenible porque, en un país

---

[2] Cfr. sobre la historia dogmática Hass, 1972, 23 ss.

que no conoce la prohibición (del alcohol), la embriaguez sin mayores consecuencias es un fenómeno socialmente tolerado [3]. Como dice Jescheck [4] con razón, la magnitud de la pena "no se puede explicar por la peligrosidad abstracta del estado de embriaguez, sino sólo por el contenido adicional de injusto que implica el propio hecho cometido en estado de embriaguez".

Ahora bien, si esto es cierto, entonces constituye una infracción del principio 9
de culpabilidad que no tengan que ser abarcadas por la culpabilidad del autor las circunstancias que fundamentan por sí solas o al menos aumentan sustancialmente el injusto. Por el contrario, para la punibilidad hay que exigir que el autor haya actuado imprudentemente respecto del hecho cometido en estado de embriaguez; por tanto, tiene que haber podido prever la consecuencia, y concretamente no sólo que pudiera consistir en "cualesquiera excesos de tipo punible" [5], sino en una consecuencia del tipo de la que se ha producido.

Esa conclusión no se atreven a extraerla tampoco **aquellos** autores que, 10
como Arthur Kaufmann y Jescheck [6], reconocen abiertamente que cualquier otra interpretación infringe el principio de culpabilidad [7], sino que opinan que por razones políticocriminales hay que aceptar una restricción del principio de culpabilidad. Sin embargo, la suposición de que cualquier otra concepción ha de llevar a consecuencias inadmisibles, no convence en absoluto. La mayoría de las personas no tienen la menor propensión a cometer hechos punibles cuando se emborrachan. Sólo es realmente peligroso el grupo de quienes es notorio que en estado de ebriedad perpetran daños, lesiones o agresiones sexuales; pero éstos pueden prever lo que sucederá si llegan a un estado de avanzada desinhibición.

Tampoco es cierto que tal concepción vaya a convertir en superfluo el § 323 11
a, dado que aun sin el mismo concurre ya una *actio libera in causa* imprudente (cfr. al respecto § 20, nm. 55 ss.). Eso no es así, porque en la mayoría de los tipos —como ocurre también en los daños y los delitos sexuales— no está castigada la imprudencia como tal, por lo que el § 323 a cobraría la importante función de proporcionar la tipificación penal de la comisión imprudente debida a la embriaguez. Sólo quedará impune quien al beber no pudiera contar con que iba a cometer lo que luego cometió; y esto es algo que se puede perfectamente tolerar. Si, según la praxis actual, se ha de absolver ya a quien al cometer el hecho en estado de embriaguez se equivoca sobre una circunstancia del hecho debido a su desorientación, o al sujeto del que no se sabe si al cometer

---

[3] Sobre la problemática en su conjunto, Arth. Kaufmann, ²1983, 229 ss.

[4] Jescheck, AT⁴, § 53 I 2 b.

[5] Como al menos había exigido BGHSt 10, 247; desde BGHSt 16, 124, la jurispr. vuelve a renunciar a exigir cualquier previsibilidad.

[6] Arth. Kaufmann, ²1983, 229 ss.; Jescheck, AT⁴, § 53 I 2 b.

[7] Tampoco Frister, 1988, 53 ss., extrae esa conclusión, pero considera consecuentemente inconstitucional el § 323 a basándose en otras interpretaciones.

el hecho estaba ebrio o sobrio, entonces tampoco es preciso imponer una pena criminal al sujeto para quien no era previsible su conducta posterior [8].

12 b) Algo similar sucede en la riña (§ 227). La participación en una pelea insignificante, que no haga temer consecuencias lamentables, no merece una pena de prisión de hasta tres años, sino que lo que quiere el legislador, cuando vincula la punibilidad a la causación de una muerte o de una lesión grave, es castigar de modo específico la participación en agresiones o riñas especialmente peligrosas; y a ese respecto parte de la base de que esa peligrosidad se desprende típicamente de las consecuencias graves. Pero si esto es así, entonces el resultado grave pertenece al injusto típico y la culpabilidad del autor ha de extenderse a los factores que son constitutivos de la peligrosidad; es decir: el sujeto al menos ha de poder prever que la riña podría tener una de las consecuencias mencionadas en el § 227 [9].

13 Tampoco es correcta en este caso la objeción de que esto es políticocriminalmente intolerable. En efecto, en los supuestos en que los combatientes estén armados o se comporten de un modo brutal, se puede prever el resultado grave, por lo que se justifica plenamente la necesidad de pena. Pero en los casos en que no haya por qué contar con la consecuencia grave, por regla general la riña tampoco será peligrosa y un homicidio o unas lesiones importantes serán más bien un desgraciado accidente o casualidad, por lo que la impunidad concordará mejor con la idea fundamental de la ley. Prescindiendo de esto, de todos modos la importancia de la riña en la estadística criminal es escasa [10], por lo que ya empíricamente se puede refutar la pretendida necesidad de pena.

2. Aparentes causas de exclusión de la punibilidad como causas de justificación

14 A modo de ejemplo se mencionarán sólo dos supuestos, en los que lo correcto es ubicar las pretendidas causas de exclusión de la punibilidad como causas de justificación.

a) Según el § 37, quedan "exentos de toda responsabilidad" los informes veraces sobre sesiones públicas del Parlamento y de sus Comisiones. Un amplio

---

[8] Jescheck, AT[4], § 53 I 2 b, pretende atenuar la infracción del principio de culpabilidad —que él mismo reconoce acertadamente que se da—, sosteniendo que la pena debe quedar "en el límite mínimo del marco penal en los casos en los que el autor no podía contar con que iba a cometer un delito en su embriaguez". Pero entonces también cabe ser consecuente y dejar impune tal conducta.

[9] Así tb., sobre todo, LK[10]-Hirsch, § 227, nm. 1 (crít. Henke, Jura 1985, 589 s.); Bemmann, 1957, 42 ss., exige incluso que el autor se haya representado como posible el resultado grave de la riña. Frister, 1988, 59 ss., considera que, aun con tales interpretaciones, sigue habiendo una vulneración del principio de culpabilidad y por ello inconstitucionalidad. A favor de la constitucionalidad Montenbruck, JR 1986, 138 ss.

[10] Lampe, ZStW 83 (1971), 194.

sector considera tal disposición como una causa de exclusión de la punibilidad [11]. Pero es más correcto considerarla causa de justificación [12]; pues aunque si un un diputado comete v.gr. una difamación no intencional en el curso de una sesión, según el § 36 sólo podrá ampararse en una causa de exclusión de la punibilidad, no obstante ha de informarse ampliamente de ello al elector, para que en su caso pueda reaccionar con su voto ante tal conducta. La opinión contraria, que apela a que no hay ninguna razón "para reconocer un valor superior a la exención de los informes parlamentarios que a la indemnidad de los propios diputados" [13], está mezclando indebidamente el hecho indeseable y el deseable informe sobre el hecho [14].

b) Conforme al § 139 III 2, los abogados, los defensores y los médicos, **15**
pese a lo dispuesto en el § 138, "no están obligados a denunciar" lo que les haya sido confiado en su calidad de tales, con tal de que se hayan esforzado seriamente en intentar hacer desistir al autor del hecho o en evitar el resultado. Un sector interpreta este precepto como "mera causa de supresión de la punibilidad" [15]. Sin embargo, se trata de una causa de justificación [16]. Si el § 139 III 1 se considera, en cambio, como causa de exclusión de la responsabilidad (ver al respecto § 22, nm. 131), la diferente interpretación del § 139 III 2 como causa de justificación, no está condicionada sólo por la distinta terminología que emplea la ley (en el inciso 1: "está exento de pena", y en el inciso 2: "no está obligado"), sino que lo fundamental es que el deber de secreto del profesional, en una ponderación de intereses, inclina a su favor la balanza de la justificación, mientras que el pariente o allegado no puede invocar un derecho, sino que sólo es exculpado como consecuencia de su situación personal.

3. Aparentes causas de exclusión de la punibilidad como causas de exclusión de la responsabilidad

En este grupo se cuentan, en primer lugar, los supuestos que ya se han **16**
discutido anteriormente como "causas de exclusión de la responsabilidad en la Parte especial" (§ 22, nm. 130-137), que tienen todos el rasgo en común de que, si bien es cierto que existe una cierta culpabilidad, falta la necesidad preventiva de pena. Una parte de esos preceptos se aproxima al § 35 (así los §§ 139 III 1, 258 V, 258 VI), y otra parte a los §§ 20 y 21 (así el § 173 III). Y al igual que las disposiciones de la Parte General que les son comparables,

---

[11] P.ej., Sch/Sch/Lenckner[24], § 37, nm. 1; Jescheck, AT[4], § 19 II 3; ambos con ulteriores referencias.

[12] Jakobs, AT[2], 16/30 s.

[13] Jescheck, AT[4], § 19 II 3; Sch/Sch/Lenckner[24], § 37, nm. 1.

[14] Jakobs, AT[2], 16/30 s.

[15] Maurach/Schroeder, BT/2[7], 98/26; Welzel, StrafR[11], 518: causa personal de exclusión de la punibilidad.

[16] LK[10]-Hanack, § 139, nm. 30 s., con amplias indicaciones bibl.; otro sector afirma que hay ya una causa de atipicidad.

pertenecen a los casos de exclusión de la responsabilidad; por eso no hay ninguna razón para ubicarlos como causas de exclusión de la punibilidad.

17 Pero también pertenecen a las causas de exclusión de la responsabilidad la voluntariedad del desistimiento de la tentativa (§ 24), que sin embargo la op. dom. considera causa personal de supresión de la punibilidad [17]. En efecto, aunque la tentativa fundamenta que haya un hecho culpable, no obstante, si el autor regresa voluntariamente a la legalidad, ya no necesita resocialización y tampoco está dando un mal ejemplo, por lo que no es imprescindible el castigo ni a efectos de prevención especial ni de prevención general [18]. Los detalles pertenecen a la teoría de la tentativa; aquí basta con dejar constancia de que no hay ningún motivo para asignarle al desistimiento una posición sistemática más allá de la responsabilidad. Y lo propio ocurre en los supuestos de desistimiento del delito consumado con efecto eximente.

18 Por último, los problemas que plantea la maledicencia o difamación no a sabiendas, no se ubican sistemáticamente más allá de la responsabilidad. La tesis dominante, que sostiene que toda afirmación de un hecho deshonroso debe calificarse como acción culpable en el sentido del § 186 y que la prueba de la verdad de lo afirmado sólo constituye una causa objetiva (material) de exclusión de la punibilidad [19], es insostenible; pues es evidente que la revelación de hechos deshonrosos no puede ser sin más un injusto culpable-responsable, sino que hay que efectuar restricciones penales tanto en el tipo como dentro del marco de la responsabilidad.

19 En primer lugar, hay que tener en cuenta que, de entrada, la punición del sujeto que actúa de buena fe sólo se puede conciliar con el principio de culpabilidad si para el tipo de la maledicencia se exige, siguiendo la postura de Hirsch [20], al menos una infracción del cuidado debido por parte de quien hace la manifestación: "El delito consiste en la expresión antijurídica-culpable y que infringe el cuidado debido" [21]. A quien no haya investigado con todo el cuidado exigible, se le castigará con razón por la afirmación o difusión de hechos deshonrosos cuando no se pueda esclarecer la verdad.

20 Pero la situación será distinta cuando alguien haya hecho imprudentemente una manifestación y, no obstante, posteriormente se pruebe que era verdad.

---

[17] Cfr., por todos, Sch/Sch/Eser[24], § 24, nm. 4, en donde se expone una visión de conjunto del estado de la discusión.

[18] En este sentido Roxin, 1970 ([2]1973), 36 ss. [= Política criminal y sistema del DP, 1972, 71 ss.; N. del T.]; idem, Heinitz-FS, 1972, 273 ss. [= Problemas básicos, 1976, 269 ss.; N. del T.]. Desde entonces esta concepción ha encontrado numerosos adeptos.

[19] Cfr., por todos, Sch/Sch/Lenckner[24], § 186, nm. 10, con ulteriores referencias.

[20] Hirsch, 1967, 152-203; le siguen Welzel, StrafR[11], 313; SK[4]-Rudolphi, § 186, nm. 15; Paeffgen, 1979, 160 ss. Frister, 1988, 64 ss., rechaza esa interpretación y, de modo consecuente, considera inconstitucional el § 186.

[21] Hirsch, 1967, 171.

Es cierto que en tal caso sigue habiendo una acción antijurídica y culpable, pero faltará la necesidad preventiva de pena: como el sujeto tenía razón en definitiva y no se le ha hecho nada injusto a la "víctima", no existe una perturbación de la paz jurídica, que sería lo único que podría hacer necesaria la imposición de una pena. Por eso es adecuado tener indulgencia con el autor; es decir, que la aportación de la prueba de la verdad es razón suficiente para excluir la responsabilidad a efectos penales. Por tanto, no es necesario en absoluto recurrir a la calificación de "causa material (objetiva) de exclusión de la punibilidad".

III. Condiciones objetivas de punibilidad y causas de exclusión de la punibilidad como casos de prioridad de finalidades extrapenales

1. El punto de vista rector

Sólo si se prescinde de los elementos, relativamente numerosos, que equivocadamente se ubican entre las condiciones objetivas de punibilidad o entre las causas de exclusión o supresión de la punibilidad, resalta con claridad lo característico de la cuarta categoría del delito más allá del injusto y la culpabilidad: se trata de casos en los que, en una ponderación, las finalidades extrapenales tienen prioridad frente a la necesidad de pena. 21

Son condiciones objetivas de punibilidad, p.ej., el mantenimiento de relaciones diplomáticas y la garantía de la reciprocidad que se exigen en el § 104 a [22]. En efecto, las agresiones a los órganos y representantes de Estados extranjeros, las injurias a los mismos o los ataques a banderas y símbolos de la soberanía de Estados extranjeros suponen la realización culpable de los tipos de los §§ 102-104; y si no se castigan como tales cuando no se den las condiciones citadas, ello se debe a razones de política exterior: se pretende garantizar igualmente la protección de los representantes, etc., alemanes en el extranjero y se utilizan esas dos condiciones objetivas de punibilidad como medio de presión para conseguir ese objetivo. 22

También es una condición objetiva de punibilidad el § 283 VI, según el cual las conductas de quiebras de los §§ 283 I y 283 b son "punibles sólo cuando el autor haya suspendido pagos, o cuando sobre su patrimonio se haya abierto el procedimiento concursal o se haya rechazado la demanda de apertura por falta de masa". En efecto, las conductas de quiebras de los §§ 283 I y 283 b son tan peligrosas económicamente que en sí mismas constituyen ya un injusto merecedor de pena. Y si pese a ello el legislador vincula la punición a los presupuestos previstos en el § 283 VI, ello no se debe a razones jurídicopenales, 23

---

[22] Así tb. la doc. dom.; cfr. p.ej. SK[4]-Rudolphi, § 104 a, nm. 2; LK[11]-Willms, § 104 a, nm. 2 s.; Sch/Sch/Eser[24], § 104 a, nm. 2.

sino a consideraciones jurídico-probatorias y político-económicas [23]: así, si el deudor consigue finalmente controlar la situación, frecuentemente será difícil probar que se dan los requisitos objetivos y subjetivos de los §§ 283 I y 283 b; y sobre todo, en muchos casos el procedimiento penal contra el deudor provocaría su inmediata ruina económica, que sin el mismo aún se podría quizás haber evitado.

24 El mejor ejemplo de una causa de exclusión de la punibilidad lo constituye la indemnidad del § 36 [24] (cfr. tb. el art. 46 I GG), en virtud de la cual quedan exentas de pena las votaciones y manifestaciones parlamentarias, a excepción de las injurias conscientemente difamatorias. Así p.ej., las injurias verbales y la maledicencia o difamación no a sabiendas en que puedan incurrir los diputados en el Parlamento Federal, no sólo son típicas, antijurídicas y culpables, sino que también desde el punto de vista preventivo y en comparación con los casos normales merecerían más bien una pena mayor, puesto que dicho diputado le da un ejemplo especialmente malo a amplios sectores de la población. Si pese a todo el legislador establece la impunidad, la razón cae absolutamente fuera del Derecho penal, y consiste en que la capacidad funcional del Parlamento se vería perturbada si en la controversia política los diputados estuvieran expuestos constantemente a la posibilidad de persecución penal en virtud de los §§ 185 y 186 y ya no se pudieran arriesgar a hablar con la mayor claridad posible. Por lo tanto, lo que en este caso da lugar a la impunidad es una finalidad —absolutamente razonable— de política parlamentaria.

25 También era una causa de exclusión de la punibilidad la impunidad de la comisión de determinados delitos contra la propiedad entre parientes que preveía el antiguo § 247 II (en cambio, el actual § 247 contiene un delito perseguible a instancia de parte). Ahora bien, esta interpretación presupone que se acepte la tesis de que la impunidad no se basaba en la falta de culpabilidad o en la ausencia de necesidad de prevención, sino en razones de política familiar: lo que se pretendía era evitar la destrución de la familia y el matrimonio, a la que contribuiría el castigo de dichos hechos.

26 Según la opinión que aquí se mantiene, la cuestión de si concurre una causa material o una causa personal de exclusión de la punibilidad, depende de si las razones extrapenales que dan lugar a la exención de pena, afectan también al partícipe. Así sucede, contra lo que sostiene la doc. totalmente dom., en el § 36 [25]: pues en múltiples ocasiones el diputado depende de ayudantes o consejeros, que le escriben los discursos o le suministran material. Si éstos estuvieran expuestos a incurrir en responsabilidad penal, el eventual procesamien-

---

[23] Cfr. al respecto LK[10]-Tiedemann, antes del § 283, nm. 84.
[24] Así tb. la opinión prácticamente unánime; cfr. Sch/Sch/Lenckner[24], § 36, nm. 1.
[25] Coincidente —aunque sólo en el resultado— con la opinión aquí defendida, Jakobs, AT[2], 10/16.

to de esas personas, o el temor al mismo, obstaculizarían ya la libertad del diputado, y eso es precisamente lo que se quiere evitar. Por tanto, el § 36 es una causa material (objetiva) de exclusión de la punibilidad. En cambio, el antiguo § 247 II constituía una causa personal de exclusión de la punibilidad.

2. Posiciones doctrinales

La idea de que en todos los supuestos de la cuarta categoría del delito se trata del prevalecimiento de intereses extrapenales, se manifestó ya ocasionalmente en la doctrina antigua [26], sobre todo en relación con las causas de exclusión de la punibilidad; pero, debido a que usualmente se la mezclaba con criterios que realmente pertenecen a las otras categorías de la estructura del delito, no pudo conseguir una aceptación suficiente. A veces se menciona también ese punto de vista junto a otros; así ocurre p.ej., cuando Jescheck [27] sostiene que el "sentido" de las causas de exclusión de la punibilidad es "en parte de naturaleza extrapenal", y que en parte se trata "de criterios específicamente jurídicopenales", como ocurre en el desistimiento de la tentativa. Dado que Jescheck considera acertadamente, en contra de la op. dom., que la mayoría de la exenciones de pena que se basan en razones jurídicopenales —como sucede en los §§ 139 III 2, 173 III o 258 VI—, son causas de exculpación, sólo tendría que extraer la misma consecuencia respecto del desistimiento de la tentativa para coincidir en gran medida con la concepción aquí defendida. **27**

El enfoque que aquí se considera preferible [28] ha sido posteriormente acogido y desarrollado más ampliamente por Bloy [29], que destaca con razón lo siguiente: "El grupo de disposiciones cuya función consiste en hacer prevalecer intereses extrapenales pone de manifiesto el enlace del Derecho penal con las necesidades del conjunto de la sociedad, que, aparte de expresarse en el interés en el óptimo funcionamiento de la Justicia penal, se manifiestan también en otras finalidades. La concurrencia de diversas prioridades hace preciso un equilibrio, que se concreta en impedimentos de la punición —ajenos al sistema desde la perspectiva del Derecho penal— en la medida en que deban ceder las finalidades perseguidas por la Justicia penal". Bloy reconoce asimismo que "sobre esta base... también se puede desarrollar la categoría complementaria de las condiciones objetivas de punibilidad", a cuyo respecto menciona el § 104 a [30]. Sobre la naturaleza jurídica de esos preceptos indica que "en cuanto a sus efectos pertenecen al Derecho penal, lo que no sucede en cuanto a las consideraciones en las que se basan". **28**

---

[26] Indicaciones bibl. en Bloy, 1976, 224, n. 42.

[27] Jescheck, AT^4, § 52 I 1.

[28] Esbozado por mí por primera vez en "Kriminalpolitik und Strafrechtssytem", 1970, 36 (= ^{2}1973, 36) [= Política criminal y sistema del DP, 1972, 71; N. del T.].

[29] Bloy, 1976, 224 ss. (225); igualmente ahora Bernsmann, 1989, 381 ss.

[30] Esta cita y la siguiente en Bloy, 1976, 226.

29 Esta tesis de reconducir esta categoría del delito a finalidades extrapenales ha sido objeto de crítica, sobre todo por Volk [31], que pone en duda que sea posible separar la política criminal de otras ramas de la política jurídica: "Cuando es inadecuado perseguir fines penales, ¿se está adoptando una decisión políticojurídica, dado que el castigo sería pertinente 'en sí mismo' y 'en principio', pero en definitiva no parece oportuno por otras razones, o se trata más bien de una decisión políticocriminal, dado que la renuncia a la pena necesariamente tiene que ver con los fines de esa institución en la estructura de funcionamiento de la sociedad?" Pues bien, a esta pregunta, cuyo carácter irresoluble pretende demostrar Volk, hay que responder en el primer sentido. Pues el hecho de reconocer la prioridad a otros fines del Estado frente a los del Derecho penal, aunque es cierto que tiene algo que ver con la estructura de funcionamiento de la sociedad, no obstante, aún no convierte la renuncia a la pena en una decisión políticocriminal. La política criminal se puede distinguir de las otras ramas de la política jurídica con la misma seguridad con que se pueden distinguir los campos del Derecho que son objeto de esa política.

3. Consecuencias prácticas

30 Si se parte de la base de que existen presupuestos de responsabilidad más allá de la responsabilidad y como criterio de la preeminencia de determinadas finalidades extrapenales, de ello se derivan sin problema las consecuencias dogmáticas que también extrae la doc. dom. La creencia errónea de que falta una condición objetiva de punibilidad (p.ej., por creer que no está garantizada la reciprocidad en el sentido del § 104 a), o de que concurre una causa de exclusión de la punibilidad (así la suposición de que el diputado que profiere una injuria está hablando en una Comisión parlamentaria), es irrelevante, porque no afecta a la culpabilidad y responsabilidad del autor. Y a la inversa, la creencia equivocada de que concurre una condición objetiva de punibilidad, o de que falta una causa de exclusión de la punibilidad, no puede dar lugar a la punibilidad. Por último, la condición objetiva de punibilidad también es totalmente irrelevante en cuanto al momento y lugar del delito [32].

IV. Otras concepciones

1. El rechazo de la cuarta categoría del delito

31 A veces se pretende negar la existencia de condiciones objetivas de punibilidad o de causas de exclusión de la punibilidad. Dichos intentos están parcialmente justificados, en cuanto que, efectivamente, muchos de los elementos que se suele

[31] Volk, ZStW 97 (1985), 888 ss. (892).
[32] Para más detalles al respecto, Stree, JuS 1965, 473 s.

atribuir a esas categorías pertenecen ya al tipo, la antijuridicidad o la responsabilidad (cfr. nm. 6-20); pero van demasiado lejos cuando afirman la imposibilidad por principio de que haya elementos neutros respecto del injusto y la culpabilidad.

Así por ejemplo, Bemmann [33] incluye en el Derecho material sólo los elementos "que son necesarios para que la pena afecte merecidamente al autor. Si falta un elemento jurídico-material, el sujeto resultará impune porque no merece una pena". Si esto fuera correcto, naturalmente que no podría haber condiciones objetivas de punibilidad. Pero es una *petitio principii* que el Derecho penal material termine en todo caso en la comprobación de la culpabilidad. Y en efecto, Bemmann se ve obligado a calificar p.ej. la garantía de la reciprocidad como condición de procedibilidad [34]; pero eso significa que, si falta esa condición, se está calificando como punible una conducta que de antemano nunca se va a poder castigar, lo que no tiene sentido [35]. 32

También Jakobs [36] considera que tres categorías delictivas son ya suficientes, pero opta por un camino distinto al de Bemmann, ya que ubica los criterios de finalidad extrapenal, no en el Derecho procesal, sino en el tipo o en el injusto. Así sostiene p.ej. que la indemnidad (§ 36) da lugar a la exclusión del tipo, construcción que hace posible la impunidad de la participación [37]. Pero el tipo delictivo de las injurias no se excluye por el hecho de que se produzcan en el Parlamento; y la impunidad de la participación se puede lograr igualmente caracterizando la indemnidad como causa material de exclusión de la punibilidad (cfr. nm. 26). Y como además Jakobs considera irrelevante el error sobre esos elementos y tampoco requiere ninguna otra referencia de la culpabilidad a los mismos, sus complicadas construcciones de condiciones que desplazan retroactivamente el injusto o el tipo materialmente no suponen ningún cambio respecto del tratamiento especial de esos elementos en el sentido de una cuarta categoría del delito [38]. 33

2. El merecimiento de pena como criterio de la cuarta categoría del delito

El "merecimiento de pena" es un concepto algo difuso y utilizado con múltiples significados [39]. Para caracterizar la cuarta categoría del delito lo emplea Schmidhäuser [40] principalmente [41]. A ese respecto parte de la base de que las 34

[33] Bemmann, 1957, 27.
[34] Bemmann, 1957, 28-32.
[35] Stree, JuS 1965, 469.
[36] Jakobs, AT², 10/1 ss.
[37] Jakobs, AT², 10/16.
[38] Sobre la teoría de Jakobs cfr. tb. Volk, ZStW 97 (1985), 893 s.
[39] Cfr. para más detalles al respecto Alwart, 1982, 21 ss.; Otto, Schröder-GS, 1978, 53 ss.; Volk, ZStW 97 (1985), 872 ss.; Altpeter, 1990.
[40] Una exposición muy amplia en LB AT², Caps. 12 y 13.
[41] La concepción de Schmidhäuser sobre el merecimiento de pena ha sido ulteriormente desa-

condiciones objetivas de punibilidad son "elementos adicionales del delito", "que en algunos tipos penales concretos han de añadirse al injusto típico y a la culpabilidad típica para fundamentar, en atención al merecimiento de pena del hecho, el correspondiente hecho punible" [42]; y cita como ejemplos, entre otros, los §§ 323 a, 283 VI (conforme a la actual numeración de los parágrafos) y 104 a. A éstas se añaden las "causas de exclusión de la punibilidad" [43], "que pese a la concurrencia del injusto típico y de la culpabilidad típica hacen desaparecer el merecimiento de pena del hecho...", mencionando como ejemplos, entre otros, el § 36 y el antiguo § 247 II.

35 Esta concepción, que es diametralmente contraria a la que aquí se defiende, debe rechazarse, ya que, si se reconoce que son finalidades extrapenales las que constituyen el principio de las condiciones de punibilidad y de las causas de exclusión de la punibilidad, ¡éstas no pueden tener nada que ver con el merecimiento de pena! Por otra parte, cuando el merecimiento de pena depende de determinados criterios, que muchos encuadran en la cuarta categoría del delito, la verdad es que los mismos pertenecen realmente al tipo, la antijuridicidad o la culpabilidad, y por tanto deben sacarse de la categoría aquí empleada.

36 Pero aun prescindiendo de ello, la teoría de Schmidhäuser no supone un avance [44]. En efecto, Schmidhäuser también parte de que todo el hecho punible está "caracterizado en su contenido por momentos del merecimiento de pena" [45], y de que deben considerarse "como momentos que fundamentan el merecimiento de pena en el acontecer del hecho... sobre todo el injusto y la culpabilidad". Pero entonces hay que preguntar en qué se distingue el contenido de merecimiento de pena de los elementos "adicionales" del hecho punible del que hay en el injusto y en la culpabilidad. Esta postura se limita a indicar que tales elementos están situados fuera del injusto y de la culpabilidad; pero con ello no se da una caracterización positiva, un concepto autónomo de la punibilidad, "a partir del cual se pudiera juzgar qué pertenece a esa cuarta categoría" [46]. Y tampoco queda claro por qué se puede desvincular de toda referencia a la culpabilidad las circunstancias que van a ser decisivas para el merecimiento de pena, y con ello también para el contenido del delito. Cuando Schmidhäuser sostiene a ese respecto [47] que las condiciones objetivas de punibilidad sólo restringen la punibilidad y que por eso no es preciso que sean

---

rrollada por su discípulo Langer, 1972, 327 ss. Sin embargo, en ese contexto Langer no trata específicamente las condiciones de punibilidad y las causas de exclusión de la punibilidad. Sobre la crítica efectuada a su concepción cfr. sobre todo Volk, ZStW 97 (1985), 876 ss.

[42] Schmidhäuser, LB AT², 12/1; los ejemplos en loc. cit., 12/7.

[43] Schmidhäuser, LB AT², 13/1.

[44] Crítica fundamental en Volk, ZStW 97 (1985), 879 ss.; Bloy, 1976, 227 ss.

[45] Schmidhäuser, LB AT², 2/10, 15.

[46] Volk, ZStW 97 (1985), 881.

[47] Schmidhäuser, LB AT², 12/6.

abarcadas por la culpabilidad, ¡entonces el merecimiento de pena en principio tiene que existir ya sin las mismas!

3. La necesidad de pena como criterio de la cuarta categoría del delito

Con relativa frecuencia también se distingue entre merecimiento y necesidad de pena, sacando como consecuencia que las condiciones de punibilidad y la ausencia de causas de exclusión de la punibilidad ciertamente no fundamentan el merecimiento de pena, pero sí la necesidad de pena. Así dice Jescheck [48] en relación con las causas de exclusión y de supresión de la punibilidad: "En los casos en que concurren tales circunstancias hay que afirmar, en sí mismo, el merecimiento de pena del hecho, pero entonces no son decisivos por sí solos el injusto y la culpabilidad; por el contrario, las excepciones personales especiales suponen como consecuencia que la necesidad de pena para el hecho se excluye de antemano o se suprime posterioremente" [49]. De modo similar, Stratenwerth [50] opina que a la culpabilidad ha de añadirse siempre la necesidad práctica de una pena: "Por eso cabe suponer que, aparte de la realización culpable del injusto típico, hay otros presupuestos de la punibilidad, que condicionan precisamente esa necesidad de protección"; y habla también de "necesidades políticocriminales" y de "necesidad de pena" [51]. 37

En tales distinciones se expresan tendencias que Bloy [52] sintetiza subrayando el momento valorativo en el merecimiento de pena y el momento final o teleológico en la necesidad de pena: "La cuestión de si una conducta está necesitada de pena depende de la necesidad de intervenir de modo corrector con los medios de la punición estatal"; y en este contexto remite expresamente a "puntos de vista del fin de la pena" [53]. Pues bien, se puede discutir si es necesaria o no la distinción conceptual entre merecimiento y necesidad de pena [54]; pero en cualquier caso, tal como la efectúan los citados autores, remite a la diferenciación que aquí se ha hecho dentro de la categoría de la responsabilidad. Conforme a la misma, se dará el "merecimiento de pena" cuando una conducta sea típica, antijurídica y culpable (aunque de un modo más sobrio y más exacto debería hablarse de la concurrencia de una "posibilidad de punición"); pero una conducta "merecedora de pena" sólo estará "necesitada de pena" si se añade una necesidad preventiva de punición. 38

---

[48] Jescheck, AT⁴, § 52 I 1.
[49] Correlativamente respecto de las condiciones de punibilidad Jescheck, AT⁴, § 53 I 2 a.
[50] Stratenwerth, AT³, nm. 195; idem, tb. en ZStW 71 (1959), 565 ss.
[51] Stratenwerth, AT³, nm. 195 s.
[52] Bloy, 1976, 242 ss. (243).
[53] Bloy, 1976, 264.
[54] Recientemente, Volk, ZStW 97 (1985), 894 ss., ha expuesto el empleo muy vacilante de esos términos en la doctrina, pronunciándose contra su utilización.

39 Ahora bien, esto pone de manifiesto que el concepto de necesidad de pena tampoco afecta a las condiciones objetivas de punibilidad y a las causas de exclusión de la punibilidad, sino que abarca sólo aquellos casos en los que una conducta culpable queda impune porque no es necesaria una sanción a efectos de prevención especial ni general. Y aunque dichas constelaciones, como el yacimiento entre parientes realizado por menores (§ 173 III) o el encubrimiento a favor de parientes (§ 258 VI), se incluyen a veces equivocadamente en la cuarta categoría del delito, no obstante pertenecen a la teoría de la responsabilidad (cfr. § 22, nm. 132 s., 135). En cambio, en los casos de prioridad de finalidades extrapenales, que, como hemos visto, suponen la característica común a las condiciones de punibilidad y a las causas de exclusión de la punibilidad, hay que afirmar no sólo el merecimiento de pena, sino también la necesidad de pena. Si pese a haber necesidad de pena no se castiga, es porque la necesidad de pena ha de (retro)ceder ante otras finalidades del Estado.

V. La delimitación de las condiciones de punibilidad y causas de exclusión de la punibilidad respecto de los presupuestos de procedibilidad

1. Carácter polémico y dificultad de la delimitación

40 Exactamente igual de polémica que la distinción de las condiciones de punibilidad y causas de exclusión de la punibilidad respecto de las restantes categorías delictivas del Derecho material es su delimitación respecto del Derecho procesal o, más exactamente, de los presupuestos de procedibilidad. Siempre ha habido opiniones diversas sobre si la querella requerida en los delitos perseguibles a instancia de parte es una condición objetiva de punibilidad o un presupuesto de procedibilidad, o si la inmunidad o la extraterritorialidad son causas de exclusión de la punibilidad o presupuestos de procedibilidad, o si la prescripción y el indulto son causas de supresión de la punibilidad o presupuestos de procedibilidad.

41 En esa polémica se refleja la falta de claridad que hasta hoy existe sobre la delimitación entre Derecho material y formal. Cuando el BGH, de acuerdo con una extendida opinión [55], considera presupuestos de procedibilidad (impedimentos procesales) aquellas circunstancias que "tienen tanto peso para el proceso penal que hay que hacer depender de su concurrencia o no concurrencia la admisibilidad de todo el procedimiento", está describiendo sólo el efecto de los presupuestos de procedibilidad, pero no los caracteriza en cuanto a contenido; pues la cuestión de si p.ej. la querella o la prescripción afectan

[55] BGHSt 15, 287 (290).

a la admisibilidad del proceso o afectan ya a la punibilidad de la conducta, no se puede responder por medio de tal caracterización. Pero además y al margen de ello, ya la descripción como tal es problemática, porque cuando un juicio oral termina con una resolución de sobreseimiento por faltar un presupuesto de procedibilidad (§ 260 III StPO), lo cierto es que de todos modos ha tenido lugar un procedimiento. Y el concepto de la "admisibilidad" del procedimiento tampoco sirve de gran ayuda, puesto que no se le corresponde un "carácter fundado"; así tiene poco sentido decir que es "fundado" un proceso penal que termina en absolución por inocencia probada [56].

La delimitación entre Derecho material y Derecho procesal se dificulta además porque casi es imposible desarrollarla partiendo de las consecuencias prácticas, a pesar de que éstas son distintas. Así, la atribución de un elemento a uno u otro sector del Derecho repercute sobre todo en un diferente tratamiento en el proceso penal [57]. Si falta un presupuesto jurídico-material de la punibilidad, procede la absolución; mientras que la falta de un presupuesto de procedibilidad da lugar al sobreseimiento o archivo. Una sentencia absolutoria alcanza firmeza sin limitación; pero la firmeza de un auto de sobreseimiento es a veces limitada. En el caso de los impedimentos procesales, según el § 206 a StPO, cabe el sobreseimiento fuera del juicio oral, lo que no es posible en caso de ausencia de presupuestos materiales de punibilidad. La constatación de los presupuestos de procedibilidad está sometida a las reglas de la prueba libre, mientras que la comprobación de las circunstancias de Derecho material lo está a las de la prueba estricta [58]. Para decidir sobre la concurrencia de presupuestos de procedibilidad basta la mayoría simple, pero respecto de los presupuestos de punibilidad se requiere mayoría de dos tercios (§§ 196 GVG, 263 StPO). Y el tribunal de revisión examina de oficio los presupuestos de procedibilidad, mientras que los vicios o defectos de Derecho material deben ser denunciados. 42

Pero el problema es que tales distinciones no sirven de gran ayuda en caso de dudas sobre la ubicación de un elemento [59]. Así, ante cuestiones como si debe adoptarse por mayoría simple o de dos tercios la decisión de si concurre una querella eficaz, o si la prescripción da lugar al sobreseimiento o a la absolución, etc., no es posible dar una respuesta lo suficientemente segura como para derivar de la misma un argumento a favor de la pertenencia del elemento al Derecho material o al Derecho procesal. Pues el diferente tratamiento procesal no obedece a reglas materiales fijas y convincentes, sino que 43

---

[56] Cfr. Volk, 1978, 205 ss.
[57] Una exposición de conjunto en H. Kaufmann, 1968, 1 ss.
[58] No obstante, recientemente está ganando terreno, con razón, la opinión de que los presupuestos de procedibilidad también deben someterse a las reglas de la prueba estricta; cfr. Roxin, Strafverfahrensrecht, [23]1993, § 21, nm. 22.
[59] Cfr., por todos, H. Kaufmann, 1968, 112 ss.

principalmente es el resultado de una evolución histórica que en las zonas limítrofes no ha conducido a soluciones inequívocas.

2. La orientación del Derecho material al "merecimiento del mal de la pena"

44 Una de las distinciones más utilizadas hasta hoy en día es la que formuló, y por cierto del modo más eficaz posible, Beling. Según él [60], "una duda en cuanto a si se está ante una norma jurídica de Derecho penal o de Derecho procesal penal, deberá resolverse en el primer sentido si la circunstancia que condiciona la respectiva consecuencia jurídica se sitúa en el ámbito de la idea del merecimiento del mal de la pena; y en el segundo sentido si la circunstancia condicionante está configurada de tal modo que no se ajusta tanto a la idea de pena, sino que más bien está en relación con el si y el cómo de la actividad procesal". Según esto, una querella, p.ej., no será una condición objetiva de punibilidad, sino un presupuesto de procedibilidad; pues si no se interpone la necesaria querella, ocurre que el autor ciertamente "merece la correspondiente pena, pero que en el caso concreto debe paralizarse... la realización de la punibilidad", porque el ofendido y la comunidad no tienen ningún interés en que haya un proceso o incluso tienen un interés opuesto a ello [61].

45 Esta idea ha vuelto a ser acogida a partir de la posguerra, sobre todo por Bemmann. Para este autor "todas las circunstancias perteneccientes al Derecho penal material están configuradas de tal modo que en cierto modo provocan la pena". "Si falta un elemento jurídico-material, el autor queda impune porque no merece una pena" [62]. Así p.ej. sostiene con razón, en cuanto a la garantía de la reciprocidad como presupuesto de la punición [63], que esa circunstancia "no guarda la menor relación con la cuestión" de si está o no justificada una pena. "El sujeto que incurre en una de las conductas mencionadas en los §§ 102 a 104 StGB, merece pena en todos los casos"; de lo que se deriva sin más la ubicación como presupuesto de procedibilidad.

46 Por consiguiente, esta teoría marca de un modo extraordinariamente estrecho el campo del Derecho material, y, siendo consecuente, tendría que adscribir al Derecho procesal todos los elementos que aquí se han tratado como condiciones de punibilidad o causas de exclusión de la punibilidad [64]. El punto débil de esta concepción estriba en que actualmente ya no es sostenible su fundamento en la teoría de la pena. "Merecida" es la pena que corresponde a la culpabilidad, y por tanto, si la punibilidad depende del "merecimiento", será la culpabilidad lo único que desencadene la pena. Pero esto sólo puede con-

---

60 Beling, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, 1928, 6.
61 Beling, 1928, 90 s.
62 Bemmann, 1957, 27; cfr. ya *supra* nm. 29.
63 Bemmann, 1957, 31.
64 Cfr. al respecto ya *supra* nm. 29.

siderarse correcto desde la perspectiva de una teoría puramente retributiva, mientras que actualmente se reconoce que la culpabilidad es una condición ciertamente necesaria, pero no suficiente, de la punibilidad. La culpabilidad sólo genera punibilidad si ello es preciso por razones sociales. Pero castigar una conducta culpable puede ser innecesario por razones políticocriminales, como p.ej. ocurre en los §§ 33, 35, 173 III o 258 VI; y también puede ser inadecuado por razones políticojurídicas de otro tipo, como ya hemos puesto de manifiesto respecto de las condiciones objetivas de punibilidad y de las causas de exclusión de la punibilidad. Por lo tanto, es equivocada ya en su punto de partida la postura que pretende limitar el Derecho material sólo a los elementos que guardan relación con la culpabilidad o el merecimiento de pena.

3. La supresión mental del proceso penal como criterio de delimitación entre Derecho material y formal

Mientras que la teoría de Beling y Bemmann extiende excesivamente el **47** Derecho procesal a costa del Derecho penal material, otra teoría, defendida sobre todo por Hilde Kaufmann [65], incluye en el Derecho material múltiples circunstancias, que mayoritariamente se ubican en el Derecho procesal. Esta autora formula una "pregunta-test" [66], cuya respuesta va a decidir sobre la pertenencia de un elemento al Derecho material o al formal: "¿Debería depender la imposición o no imposición de la pena, si fuera posible sin un proceso, de esa circunstancia de naturaleza jurídica dudosa, o en tal caso sería irrelevante esa circunstancia?"

Partiendo de este planteamiento de la cuestión, resulta que p.ej. la querella, **48** la prescripción, la amnistía o el indulto y, con mayor razón aún, naturalmente también la garantía de la reciprocidad (§ 104 a) o la indemnidad despliegan su efecto de exclusión de la pena con independencia del Derecho procesal penal. Así p.ej., el hurto en el ámbito doméstico o familiar (§ 247) quedará impune si no se presenta una querella; y ese efecto se produce aun sin proceso penal. Y la prescripción elimina asimismo la punibilidad, sin que el hecho tenga siquiera que haber llegado a conocerse o haber provocado medidas procesales. Por eso, según la teoría de Kaufmann, todos estos elementos constituyen condiciones de punibilidad o causas de exclusión de la punibilidad y pertenecen al Derecho material. En cambio, circunstancias como p.ej. las de que el inculpado tenga capacidad para comparecer en el juicio penal, que el tribunal sea competente y que el asunto no haya sido ya objeto de una reso-

---

[65] H. Kaufmann, 1968, 1 ss.; Bloy, 1976, aunque critica la argumentación de Kaufmann (pp. 24 ss.), no obstante adopta también esa teoría como "punto de partida" (p. 30), llegando a resultados muy similares. La rechaza, en cambio, con argumentaciones fundamentales Volk, 1978, 11 ss.

[66] H. Kaufmann, 1968, 134.

lución firme, serán presupuestos de procedibilidad, ya que no tienen el menor sentido sin el presupuesto de un proceso penal.

49 Sin embargo, esta solución amplía excesivamente el alcance del Derecho penal material. En efecto, si p.ej. la querella fuera un presupuesto de la punibilidad, entonces la punibilidad ya no tendría que estar legalmente determinada en el momento del hecho, sino que dependería de circunstancias que se producen después del hecho y que se basan en una decisión al arbitrio de los particulares, lo que vulneraría el art. 103 II GG. Y lo mismo sucedería en la prescripción, cuya producción, en virtud de la regulación legal sobre su interrupción (§ 78 c), depende en gran medida de que se lleven a cabo o no determinadas actuaciones instructorias. En el caso del indulto serían representantes del poder ejecutivo quienes decidirían sobre la punibilidad, etc.

4. La conexión inmediata con el hecho como criterio de pertenencia al Derecho material

50 Por todo ello parece preferible una solución intermedia, según la cual la adscripción de un elemento al Derecho material no depende de que esté desligado del proceso, ni tampoco de su conexión con la culpabilidad, sino de su vinculación al acontecer del hecho, solución fundada sobre todo por Gallas y Schmidhäuser. Gallas [67] sostiene que las circunstancias independientes de la culpabilidad se pueden considerar condiciones objetivas de punibilidad si "están en conexión con el hecho", es decir, si pertenecen al "complejo del hecho" en su conjunto, incluyendo "también reflexiones de economía penal y consideraciones a intereses del Derecho de gentes". Según esto, presupuestos de procedibilidad son sólo circunstancias ajenas al complejo del hecho. Schmidhäuser [68] ha precisado esta posición exigiendo para el Derecho material que se trate de una circunstancia cuya "ausencia ya en conexión inmediata con el hecho tenga como consecuencia definitiva la impunidad del autor; la conexión inmediata con el hecho se dará cuando la circunstancia correspondiente pertenezca a la situación del hecho, o bien cuando tendría que ser calificada como resultado del hecho en caso de que la culpabilidad se refiriera a ella".

51 Tomando como base esta concepción y trasladándola a las causas de exclusión de la punibilidad, resulta que, p.ej., la garantía de la reciprocidad (§ 104 a) o la apertura del procedimiento concursal (§ 283 VI) son condiciones objetivas de punibilidad, y que la indemnidad (§ 36) es una causa de exclusión de la punibilidad; porque todas esas circunstancias pertenecen al complejo del hecho y a su enjuiciamiento desde el punto de vista jurídicopenal. Por el

[67] Gallas, NiedStrKomm. 5, 1958, 104. Sobre anteriores precursores de esta teoría cfr. Bemmann, 1957, 3 ss.
[68] Schmidhäuser, ZStW 71 (1959), 558. Apoyando tb. esta posición Stratenwerth, ZStW 71 (1959), 574.

contrario, la querella, prescripción, amnistía, indulto, etc., son presupuestos de procedibilidad, ya que se trata de sucesos situados totalmente fuera de lo que sucede en el hecho. Y también la inmunidad (art. 46 II GG), a diferencia de lo que sucede en la indemnidad (art. 46 I GG, § 36), es un presupuesto de procedibilidad [69], pues la punición depende de una posterior decisión del Parlamento.

Esta concepción es preferible, no sólo porque elude las objeciones que se **52**
pueden hacer a las demás teorías, sino también por ser la que mejor se ajusta al art. 103 II GG, que limita la prohibición de retroactividad al Derecho material [70]. En efecto, las circunstancias que pertenecen al acontecer del hecho y de las que depende la punibilidad, han de caer bajo la protección del art. 103 II GG porque el autor hace depender en su caso su actuación de la confianza en que concurran o no concurran esas circunstancias. Así p.ej., el orador parlamentario recurrirá sin temor a palabras fuertes si y porque sabe que le ampara la protección del § 36 y que posteriormente tampoco se le podrá privar de la misma. Pero nadie puede confiar en que no será castigado porque se va a producir la prescripción, no se va a presentar una querella o se va a aprobar una amnistía; pues se trata de circunstancias de las que nada se puede afirmar en el momento del hecho y de las que nadie puede fiarse. Por eso las especulaciones sobre la exigencia legal de querella tampoco son protegibles y no encuentran apoyo en el art. 103 II GG.

VI. Recapitulación. Finalidades penales y extrapenales en el proceso penal

La concepción aquí defendida, según la cual lo decisivo para la adscripción **53**
al Derecho material es la conexión con el acontecer del hecho, es cierto que tiene un carácter más bien formal. En cambio, la mayoría de las teorías anteriores han intentado hacer una delimitación por el contenido, como la que supone la vinculación del Derecho material a la culpabilidad, el merecimiento de pena o la necesidad de pena; y aún Hilde Kaufmann [71] combate la teoría del complejo del hecho argumentando que también los supuestos de falta de querella o de prescripción, que ella considera causas de exclusión de la punibilidad, son expresión de una "necesidad de pena extinguida".

Sin embargo, hay que abandonar la opinión de que las circunstancias re- **54**
feridas a la pena son ajenas al Derecho procesal. Como ha puesto de manifiesto

[69] Así lo ha estimado también la jurispr. en el caso Tabatabei: BGHSt 32, 275; OLG Düsseldorf NJW 1986, 2204.

[70] También esta perspectiva fue destacada ya por Gallas, NiedStrKomm. 5, 1958, 104; aprob. Wolter, 140 Jahre GA, 1993, 673.

[71] H. Kaufmann, 1968, 125 ss. (126).

Volk [72], todos los presupuestos del proceso se pueden interpretar como "presupuestos del aseguramiento de la paz jurídica", es decir que, si faltan, no hay "ningún motivo para el prevalecimiento del ordenamiento jurídicopenal". Este enfoque se puede concretar en el sentido de que los criterios de contenido de las dos últimas categorías del delito (o sea, los puntos de vista de los fines de la pena y las finalidades extrapenales) se reproducen en los presupuestos de procedibilidad.

55 Efectivamente ocurre que p.ej. la paz jurídica se habrá restablecido ya por el transcurso del tiempo (porque "ha crecido la hierba sobre el asunto") en caso de prescripción, mientras que, si falta la necesaria querella, la paz jurídica de antemano no se verá lo suficientemente perturbada como para que resulte necesaria una sanción penal. Por tanto, en esos impedimentos procesales se plasma una falta de necesidad preventiva. Y eso también sucede en casos cuya adscripción al Derecho procesal nadie discute: cuando p.ej. la firmeza de una resolución prohíbe un nuevo enjuiciamiento del suceso desde otro punto de vista jurídico, ello se debe a que —a reserva de los casos de revisión— ya el primer proceso ha calmado tanto la conmoción del sentimiento jurídico de la comunidad que a efectos de prevención general es innecesario un nuevo proceso. En cuanto a las necesidades de prevención especial también están claramente aminoradas en muchos supuestos de presupuestos de procedibilidad.

56 Por otra parte, las finalidades extrapenales, como las que son características de las condiciones objetivas de punibilidad y de las causas de exclusión de la punibilidad, también pueden plasmarse y reflejarse en presupuestos de procedibilidad. Así habrá que considerar la extraterritorialidad (§§ 18-20 GVG) y la inmunidad (art. 46 II-IV GG) como presupuestos del proceso o de procedibilidad, porque son circunstancias posteriores y ajenas al complejo del hecho (el levantamiento o no de la inmunidad, y según la opinión dominante también la pérdida o el mantenimiento del estatus de sujeto extraterritorial) las que deciden sobre la punibilidad, ya que son criterios de Derecho de gentes o parlamentarios los que en su caso impiden la punición. Por eso no existe una diferencia de contenido frente a las causas de exclusión de la punibilidad; así p.ej., si se defiende la opinión de que la extraterritorialidad impide para siempre la punición, sería consecuente ubicarla como causa de exclusión de la punibilidad.

57 Si se reconoce que la falta de necesidad de pena o la prioridad de determinadas finalidades extrapenales pueden plasmarse no sólo en el Derecho material, sino también en el Derecho procesal, de ahí se deriva que es incorrecta la teoría de la "doble naturaleza", según la cual determinadas instituciones jurídicas pertenecen tanto al Derecho material como al Derecho pro-

[72] Volk, 1978, 204 ss. (204).

cesal. Esta teoría es defendida por una posición bastante extendida [73] sobre todo respecto de la prescripción, considerando la desaparición de la necesidad de pena operada por el transcurso del tiempo como razón jurídico-material, y en cambio las dificultades probatorias crecientes con el tiempo como razón procesal de la exclusión de la pena. Tal explicación indica correctamente las razones de la prescripción; pero como la falta de necesidad de pena, cuando se basa en circunstancias ajenas al complejo del hecho, es asimismo un punto de vista procesal, de la misma no se puede deducir una "doble naturaleza". La verdad es que tanto la extinción de la necesidad de pena como la desaparición de la prueba conducen conjuntamente a la conclusión de que en los casos de prescripción el castigo estaría contraindicado a efectos preventivos, porque un proceso que se llevara a cabo con medios probatorios inidóneos sólo provocaría nueva intranquilidad social y no contribuiría en nada a la estabilización de la paz jurídica.

Que los fines de la pena, las finalidades extrapenales y los puntos de vista **58**
de la culpabilidad también pueden ser relevantes en el Derecho procesal, es algo que ponen de relieve, aparte de los presupuestos de procedibilidad, especialmente los supuestos del principio de oportunidad (§§ 153 ss. StPO) [74]. Así p.ej., cuando los §§ 153 y 153 a hacen depender el sobreseimiento de la escasa culpabilidad y de la ausencia de interés público en la persecución penal, tal interés público sólo puede precisarse según el criterio de los fines de la pena. Y cuando en otros casos puede producirse el sobreseimiento por razones políticas (§ 153 d), de estrategia de persecución (§§ 153 e, 154 c) o de economía procesal (§§ 154, 154 a), en ellos se imponen finalidades extrapenales frente a la necesidad de pena. Si los supuestos del principio de oportunidad pertenecen al Derecho procesal es sólo porque en tales constelaciones el legislador no ha querido recurrir al procedimiento de la subsunción para fijar la decisión sobre la imposición de una pena, sino que se la ha encomendado al arbitrio —que queda al margen del hecho— del Ministerio Fiscal y del tribunal. Por tanto, ha querido dejar mayor libertad a las autoridades encargadas de la persecución criminal mediante disposiciones meramente facultativas. Si por el contrario hubiera una formulación acorde con el principio de determinación o precisión y una exclusión obligatoria de la pena, habría que calificar las actuales "situaciones de oportunidad" en parte como causas de exclusión de la responsabilidad y en parte como causas de exclusión de la punibilidad [75].

---

[73] Cfr. por todos Jescheck, AT[4], § 86 I 1, con ulteriores referencias.

[74] Naucke, Maurach-FS, 1972, 197 ss., considera por ello el § 153 StPO como causa personal de exclusión de la punibilidad de Derecho material. Esto no se puede compartir, por las razones que se exponen en el texto.

[75] Un intento de resolver en el Derecho material el problema de la criminalidad bagatelar, es el que realiza p.ej. el § 42 del StGB austríaco, que en caso de escasa culpabilidad, de ausencia de consecuencias del hecho o de que éstas sean insignificantes y de ausencia de necesidad preventiva de pena califica el hecho como "no punible". Sobre ello Roxin, Pallin-FS, 1989, 345.

59 De todo ello se deriva lo siguiente: Los criterios de contenido en los que se basan las categorías jurídico-materiales de la responsabilidad y de los presupuestos de la punibilidad más allá de la responsabilidad vuelven a encontrarse también en el Derecho procesal. Por eso no son tales criterios los que determinan la delimitación de ambos campos del Derecho, sino el art. 103 II GG y la pertenencia al acontecer del hecho. Las circunstancias que excluyen la pena y que por su falta de vinculación con el complejo del hecho no están sujetas a la prohibición de retroactividad, o cuya apreciación se encomienda al arbitrio de las autoridades encargadas de la persecución criminal sin vinculación a la determinación legal, pertenecen al Derecho procesal.

SECCION 7.ª

LA IMPRUDENCIA

§ 24. La imprudencia

Bibliografía: v. Hippel, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, VDA, t. III, 1908, 373; Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910; Au. Köhler, Probleme der Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1912; Mannheim, Der Maßstab der Fahrlässigkeit im Strafrecht, Str. Abh. 157, 1912; Körner, Zur Lehre von der Fahrlässigkeit, GerS 82 (1914), 53; Binding, Das strafbare fahrlässige Delikt in seiner zweckmäßigen Umgrenzung, GerS 87 (1920), 257; Mohrmann, Die neueren Ansichten über das Wesen der Fahrlässigkeit im Strafrecht, Str. Abh. 265, 1929; Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930 (reimpr. 1964); Fischer, Vergessen als Fahrlässigkeit, Str. Abh. 346, 1934; Heitzer, Unrechtsbegriff und Schuldbegriff beim Fahrlässigkeitsdelikt, NJW 1951, 828; Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; Nowakowski, Zur Theorie der Fahrlässigkeit, JBl 1953, 506; Hall, Über die Leichtfertigkeit, Mezger-FS, 1954, 229; Baumann, Kausalzusammenhang bei Fahrlässigkeitsdelikten, DAR 1955, 210; Boldt, Zur Struktur der Fahrlässigkeitstat, ZStW 68 (1956), 335; Welzel, Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen, JZ 1956, 316; Baumann, Die Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Handlung, MDR 1957, 646; Schmidhäuser, Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit, GA 1957, 305; Maihofer, Zur Systematik der Fahrlässigkeit, ZStW 70 (1958), 159; Nowakowski, Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, JZ 1958, 335, 388; Wimmer, Die Fahrlässigkeit beim Verletzungsdelikt, ZStW 70 (1958), 196; Wimmer, Das Zufallsproblem beim fahrlässigen Verletzungsdelikt, NJW 1958, 521; Hall, Fahrlässigkeit im Vorsatz, 1959; Lampe, Täterschaft bei fahrlässiger Straftat, ZStW 71 (1959), 579; Baumann, Probleme der Fahrlässigkeit bei Straßenverkehrsunfällen, en: Kriminalbiologische Gegenwartsfragen 1960, 100; Kohlhaas, Strafrechtlich wirksame Einwilligung bei Fahrlässigkeitstaten?, DAR 1960, 348; Maurach, Adäquanz der Verursachung oder der Fahrlässigkeit?, GA 1960, 97; Arth. Kaufmann, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Eb. Schmidt-FS, 1961, 200; Lekschas, Zum Problem des fahrlässigen Verschuldens bei Verkehrsdelikten, NJ 1961, 298; Oehler, Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit, Eb. Schmidt-FS, 1961, 232; Stratenwerth, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, Eb. Schmidt-FS, 1961, 383; Weigelt, Fahrlässigkeitsprobleme bei Verkehrsunfällen, DAR 1961, 220; Welzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961; Dubs, Die fahrlässigen Delikte im modernen Strafrecht, SchwZStr 78 (1962), 31; Hirsch, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZstW 74 (1962), 78; Roxin, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74 (1962), 411 (= Grundlagenprobleme, 147) [= Problemas básicos, 1976, 149]; Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 1963; Hansen, Die Einwilligung des Verletzten bei Fahrlässigkeitstaten, tes. doct. Bonn, 1963; Leverenz, Der Begriff der Fahrlässigkeit im Strafrecht, SchlHA 1963, 233; Schmitt, Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten?, JuS 1963, 64; Graßberger, Aufbau, Schuldgehalt und Grenzen der Fahrlässigkeit, ZfRV, 1964, 18; Arm. Kaufmann, Das fahrlässige Delikt, ZfRV 1964, 41; Naucke, Über das Regreßverbot im Strafrecht, ZStW 76 (1964), 409; Spendel, Conditio-sine-qua-non-Gedanke und Fahrlässigkeitsdelikt, JuS 1964, 14; Jescheck, Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht, 1965; Ulsenheimer, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, 1965; Hardwig, Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit, ZStW 78 (1966), 1; Kienapfel, Das erlaubte Risiko im Strafrecht, 1966; Bockelmann, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1967; Arth. Kaufmann, Die finale Handlungslehre und die Fahrlässigkeit, JuS 1967, 145; Mühlhaus, Die Fahrlässigkeit in Rechtsprechung und Rechtslehre etc., 1967; Mühlhaus, Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld im fahrlässigen Erfolgsdelikt, DAR 1967, 34; Mühlhaus, Voraussehbarkeit beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, DAR 1967, 229; Hoffmann, Die

Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte usw., 1968; Kahrs, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, 1968; Walder, Probleme bei Fahrlässigkeitsdelikten, ZBJV 104 (1968), 161; Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968; Binavince, Die vier Momente der Fahrlässigkeitsdelikte, 1969; Lenckner, Technische Normen und Fahrlässigkeit, Engisch-FS, 1969, 490; Roeder, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechensaufbau, 1969; Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969; Rudolphi, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS 1969, 549; Ulsenheimer, Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte, JZ 1969, 364; Hanau, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, 1971; Himmelreich, Notwehr und unbewußte Fahrlässigkeit, 1971; Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; Maurach, Probleme des erfolgsqualifizierten Delikts bei Menschenraub, Geiselnahme und Luftpiraterie, Heinitz-FS, 1972, 403; Otto, Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, Maurach-FS, 1972, 91; E. Bokelmann, Grobe Fahrlässigkeit, 1973; Burgstaller, Grundzüge einer neuen Fahrlässigkeitsdogmatik, Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, t. 1, 1973, 105; P. Frisch, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973; Klussmann, Pflichtwidrigkeit und hypothetischer Kausalverlauf bei Fahrlässigkeitsdelikten, NJW 1973, 1097; Roxin, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Gallas-FS, 1973, 241 [= Problemas básicos, 1976, 181]; Rutz, Der objektive Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, SchwZStr 89 (1973), 358; Stratenwerth, Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, Gallas-FS, 1973, 227; Volk, Anscheinsbeweis und Fahrlässigkeit im Strafprozeß, GA 1973, 161; Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973; Burgstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; Cramer, Gedanken zur Reform der fahrlässigen Körperverletzung im Verkehrsstrafrecht, DAR 1974, 317; Jakobs, Das Fahrlässigkeitsdelikt, ZStW-Beiheft 1974, 6; Jakobs, Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, Welzel-FS, 1974, 307; Arm. Kaufmann, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Welzel-FS, 1974, 393; Maiwald, Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte, GA 1974, 257; Otto, Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht, JuS 1974, 702; Otto, In dubio pro reo und Wahlfeststellung, Peters-FS, 1974, 373; Schaffstein, Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Welzel-FS, 1974, 557; Spendel, Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung, JuS 1974, 749; Schmidhäuser, Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung, Schaffstein-FS, 1975, 129; Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, 435, 511, 575, 647, 715, 787; Schünemann, Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?, Schaffstein-FS, 1975, 159; Stratenwerth, Die Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, Schaffstein-FS, 1975, 177; Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, ²1976; Tenckhoff, Die leichtfertige Herbeiführung qualifizierter Tatfolgen, ZStW 88 (1976), 897; Volk, Reformüberlegungen zur Strafbarkeit der fahrlässigen Körperverletzung im Straßenverkehr, GA 1976, 161; Jakobs, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, ZStW 89 (1977), 1; Kienapfel, Die Fahrlässigkeit unter besonderer Berücksichtigung des Straßenverkehrs, ZfVR 1977, 129, 162; Maiwald, Zum Maßstab der Fahrlässigkeit bei trunkenheitsbedingter Fahruntüchtigkeit, Dreher-FS, 1977, 437; Schöne, Unterlassungsbegriff und Fahrlässigkeit, JZ 1977, 150; Struensee, Die Struktur der fahrlässigen Unterlassungsdelikte, JZ 1977, 217; Wolter, Adäquanz- und Relevanztheorie, GA 1977, 257; Arzt, Leichtfertigkeit und recklessness, Schröder-GS, 1978, 119; Gössel, Norm und fahrlässiges Verbrechen, Bruns-FS, 1978, 43; Arzt, Zum Verbotsirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt, ZStW 91 (1979), 857; Dach, Zur Einwilligung bei Fahrlässigkeitsdelikten, tes. doct. Mannheim, 1979; Ebert, Kausalität und objektive Zurechnung, Jura 1979, 561; Hruschka, Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit, Bockelmann-FS, 1979, 421; Krümpelmann, Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht, Bockelmann-FS, 1979, 443; Schroeder, Die Fahrlässigkeitsdelikte, ZStW 91 (1979), 257; Triffterer, Die "objektive Voraussehbarkeit" etc., Bockelmann-FS, 1979, 201; Driendl, Wie diskutiert man auf internationaler Ebene das Fahrlässigkeitsdelikt?, JZ 1980, 695; Kirschbaum, Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht, 1980; Kamps, Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, 1981; Mylonopoulos, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, 1981; Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; Bohnert, Das Bestimmtheitserfordernis im

Fahrlässigkeitstatbestand, ZStW 94 (1982), 68; Bohnert, Fahrlässigkeitsvorwurf und Sondernorm, JR 1982, 6; Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre etc., ZStW 94 (1982), 239; M. Köhler, Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982; Puppe, Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung, JuS 1982, 660; Dölling, Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, GA 1984, 71; Gössel, Alte und neue Wege der Fahrlässigkeitslehre, Bengl-FS, 1984, 23; Herzberg, Die Schuld beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jura 1984, 402; Krümpelmann, Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten, GA 1984, 491; Niewenhuis, Gefahr und Gefahrverwirklichung im Verkehrsstrafrecht, 1984; Ranft, Berücksichtigung hypothetischer Bedingungen beim fahrlässigen Erfolgsdelikt?, NJW 1984, 1425; Schlüchter, Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigkeitstatbeständen, JA 1984, 673; Weidemann, Die finale Handlungslehre und das fahrlässige Delikt, GA 1984, 408; Bindokat, Verursachung durch Fahrlässigkeit, JuS 1985, 32; Krümpelmann, Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten, Jescheck-FS, 1985, 313; Stratenwerth, Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jescheck-FS, 1985, 285; Wilhelm, Strafrechtliche Fahrlässigkeit bei Arbeitsteilung in der Medizin, Jura 1985, 183; Herzberg, Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes, JuS 1986, 249; Lang, Strafrechtliche und strafprozessuale Aspekte des AIDS-Problems, AIFO 1986, 148; Schöne, Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz, H. Kaufmann-GS, 1986, 649; Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986; Ulsenheimer, Pflichtwidrigkeitszusammenhang und Vertrauensgrundsatz etc., Weissauer-FS, 1986, 164; Wegscheider, Zum Begriff der Leichtfertigkeit, ZStW 98 (1986), 624; Wehrle, Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelik - Regreßverbot?, 1986; Donatsch, Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt, 1987; Herzberg, Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der fahrlässigen und der vorsätzlichen Straftat, JZ 1987, 536; Jungclaussen, Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt, 1987; Küper, Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt, Lackner-FS, 1987, 247; R. Müller, Die Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes bei typischen Verkehrswidrigkeiten, tes. doct. Mainz, 1987; Mylonopoulos, Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo, ZStW 99 (1987), 685; Puppe, Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, ZStW 99 (1987), 595; Schünemann, Die Regeln der Technik im Strafrecht, Lackner-FS, 1987, 367 [= Las reglas de la técnica en Derecho penal, trad. de M. Cancio Meliá/M. Pérez Manzano, ADPCP 1994-3, 307]; Struensee, "Objektives" Risiko und subjektiver Tatbestand, JZ 1987, 541; Struensee, Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit, GA 1987, 97 [= Atribución objetiva e imprudencia, trad. J. L. Serrano González de Murillo, CPC 1991, 449]; Struensee, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987, 53 [= El tipo subjetivo del delito imprudente, trad. de J. Cuello Contreras, con la colaboración de J. L. Serrano González de Murillo, ADPCP 1987, 423]; Wolter, Wahlfeststellung und in dubio pro reo, 1987; Küpper, Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, ZStW 100 (1988), 758; N. Schmid, Einige Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorganen, SchwZStr 105 (1988), 156; Schmidt-Salzer, Produkthaftung, t. I: Strafrecht, 1988; Schünemann, Die Rechtsprobleme der AIDS-Eindämmung - Eine Zwischenbilanz, en: Schünemann/Pfeiffer (eds.), Die Rechtsprobleme von AIDS, 1988, 373; Herzberg, AIDS: Herausforderung und Prüfstein des Strafrechts, JZ 1989, 470; Jakobs, Tätervorstellung und objektive Zurechnung, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 271; Kuhlen, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989; Lampe, Tat und Unrecht der Fahrlässigkeitsdelikte, ZStW 101 (1989), 3; Maiwald, Ein alltäglicher Strafrechtsfall oder: Einige Schwierigkeiten der Fahrlässigkeitsdogmatik, JuS 1989, 186; Roxin, Bemerkungen zum Regreßverbot, Tröndle-FS, 1989, 177; Roxin, Finalität und objektive Zurechnung, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 237; Schroeder, Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung, JZ 1989, 776; Wokalek/Köster, AIDS und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, MedR 1989, 286; Kuhlen, Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte, NStZ 1990, 566; Schmidt-Salzer, Strafrechtliche Produktverantwortung, NJW 1990, 2966; Silva Sánchez, Zur strafrechtlichen Relevanz der Nicht-Unmittelbarkeit des Erfolgseintritts, GA 1990, 207 [= Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado, Homenaje-Fernández Albor, 1989, 677]; Yamanaka, Die Entwicklung der japanischen Fahrlässigkeitsdogmatik im Lichte des sozialen Wandels, ZStW 102 (1990), 928; Zipf, Kriminalpolitische

Überlegungen zur Entkriminalisierung der fahrlässigen Körperverletzung, F.-W. Krause-FS, 1990, 437; Nurscher, "Entkriminalisierung" der fahrlässigen Körperverletzung?, ÖRiZ 1991, 227 (al respecto Hoinkes-Wiflingseder, ÖRiZ 1992, 6); Samson, Probleme strafrechtlicher Produkthaftung, StrV 1991, 182; Wieseler, Der objektive und der individuelle Sorgfaltspflichtmaßstab beim Fahrlässigkeitsdelikt, tes. doct. Augsburg, 1991; Winkemann, Probleme der Fahrlässigkeit im Umweltstrafrecht, 1991, Castaldo, Objektive Zurechnung und Maßstab der Sorgfaltswidrigkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, 1992; Holl, Entwicklungen der Fahrlässigkeitsdogmatik im Strafrecht von Feuerbach bis Welzel, tes. doct. Bonn, 1992; Kaminski, Der objektive Maßstab im Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts, 1992; B. D. Meyer, Verbraucherschutz durch Strafrecht?, NJW 1992, 3193; Peter, Arbeitsteilung im Krankenhaus aus strafrechtlicher Sicht, 1992; Puppe, Vorsatz und Zurechnung, 1992; Toepel, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1992; Umbreit, Die Verantwortlichkeit des Arztes für fahrlässiges Verhalten anderer Medizinalpersonen, 1992; Castaldo, Offene und verschleierte Individualisierung im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts, GA 1993, 495; Hilgendorf, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft", 1993; Hoffmann, Fahrlässige Körperverletzung im Straßenverkehr - eine Straftat?, NZV 1993, 209; Maiwald, Die Unzumutbarkeit - Strafbarkeitsbegrenzendes Prinzip bei den Fahrlässigkeitsdelikten?, Schüler-Springorum-FS, 1993, 475; Namias, Die Zurechnung von Folgeschäden im Strafrecht, 1993; Schüler-Springorum, Moralunternehmen Fahrlässigkeit, Rasch-FS, 1993, 172; Verkötter, Das Merkmal Leichtfertigkeit bei strafrechtlichen Erfolgsdelikten und erfolgsqualifizierten Delikten, tes. doct. Münster, 1993.

Observación preliminar

1 Los delitos imprudentes sólo son punibles cuando la "ley conmina expresamente con pena la actuación imprudente" (§ 15). Ello sucede sobre todo en la lesión y puesta en peligro de la integridad física y la vida, o sea, en el homicidio (§ 222) y las lesiones (§ 230) imprudentes, así como en los delitos contra la seguridad colectiva (§§ 306 ss.), pero también en el Derecho penal del medio ambiente (§§ 324 ss.), en las insolvencias punibles o delitos concursales (§§ 283 ss.) y en numerosas disposiciones del Derecho penal especial o accesorio. La importancia práctica de los delitos imprudentes ha aumentado bruscamente con la creciente tecnificación y los peligros suscitados por ella (sobre todo en el tráfico automovilístico, pero también en la empresa y el hogar); cerca de la mitad de todos los delitos son delitos imprudentes [1].

2 Del mismo modo, la preocupación científica por el delito imprudente, a menudo desatendido antiguamente [2], ha experimentado un incremento enorme. Con razón subrayó Burgstaller [3] ya en 1974 que ya no se podía sostener la tesis repetida una y otra vez de que la penetración científica de los delitos imprudentes sería aún muy insuficiente; asimismo Schünemann [4] puso de

[1] Cfr. Schünemann, JA 1975, 435.

[2] Las monografías antiguas fundamentales sobre la imprudencia son: Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit ("La esencia de la imprudencia"), 1910; Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht ("Investigaciones sobre el dolo y la imprudencia en el Derecho Penal"), 1930 (reimpresión 1964).

[3] En su monografía representativa: "Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht" ("El delito imprudente en el Derecho Penal").

[4] En la muy instructiva serie de artículos, que supone un avance en la investigación, "Moderne

relieve un año después que los delitos imprudentes habrían pasado de ser hijastros a ser hijos predilectos de la dogmática jurídicopenal. No obstante, la intensidad de los esfuerzos científicos en la formación de conceptos, en la ordenación sistemática y en los resultados prácticos no ha producido aún tanto consenso y claridad como en la dogmática del delito doloso. Sin embargo, la "nueva imagen" de la imprudencia que se va a trazar se puede considerar hoy afianzada en sus rasgos fundamentales [5].

A. El tipo

I. De forma de culpabilidad a figura típica de delito

Según la concepción moderna y que se ha convertido en casi unánime, la 3
imprudencia es un problema de tipo. Una conducta imprudente puede estar justificada o exculpada en el caso concreto; pero en el tipo se decide si era imprudente. Frente a ello, la doctrina clásica, que se mantuvo en este terreno hasta la postguerra, contemplaba la imprudencia exclusivamente como una forma menos grave de culpabilidad al lado del dolo. Por tanto, para ilustrarlo con un ejemplo drástico [6], si un joven cita a su novia para encontrarse en un lugar, donde la misma casualmente resulta muerta por el golpe de un meteorito, se trataría, según la doctrina antigua, de un homicidio típico y antijurídico, que no se castigaba solamente por falta de culpabilidad imprudente. En cambio, según la concepción moderna, en caso de conducta completamente intachable del causante, ni siquiera se realiza el tipo del homicidio imprudente.

A este cambio sistemático fundamental contribuyeron distintos procesos de 4
evolución. Ya Engisch [7] destacó, sobre la base de consideraciones de teoría de las normas, que la "inobservancia del cuidado debido" propia de los delitos imprudentes ha de ser un elemento del tipo: si los tipos se basan en una norma de determinación, en una instrucción de conducta del legislador [8], entonces esa norma no puede prohibir la mera causación, sino sólo una determinada conducta contraria al cuidado debido. La tendencia a trasladar el desvalor de la conducta al tipo se reforzó con la teoría final de la acción. Si se parte de la idea de que todos los modos de conducta punibles o al menos los delitos comisivos se basan en una acción final, entonces es imposible reducir al re-

---

Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte" ("Modernas tendencias en la dogmática de los delitos imprudentes y de peligro"), JA 1975, 435 ss., 511 ss., 575 ss., 647 ss., 715 ss., 787 ss. (435).

[5] Su aplicación instructiva a un caso concreto (OLG Celle VRS 63 [1982], 72) la lleva a cabo Maiwald, JuS 1989, 186.

[6] Burgstaller, 1974, 43, siguiendo a Graßberger, ZfRV 1964, 22.

[7] Engisch, 1930, 344; en cambio, el mismo contemplaba el riesgo permitido como causa de exclusión del injusto (loc. cit., 286, 344).

[8] Cfr. más detenidamente *supra* § 10, nm. 88 ss. (93).

sultado el tipo de los delitos imprudentes. Con independencia de las fundamentaciones cambiantes con las que se ha intentado explicar también los delitos imprudentes como acciones potencial o realmente finales (más detenidamente § 8, nm. 19 ss., e *infra* nm. 67), conforme a esta doctrina el tipo ha de mostrar en cualquier caso un desvalor de la acción que sólo puede hallarse en los elementos constitutivos de la imprudencia. La concepción personal del injusto del finalismo (más detenidamente § 10, nm. 88 ss.), que ya trasladó el dolo desde la culpabilidad al tipo subjetivo, ha contribuido también por tanto sustancialmente a la reforma de la sistemática de la imprudencia.

5 Finalmente, también la teoría de la imputación objetiva (más detenidamente § 11, nm. 36 ss.), pese a que se desarrolló a partir de la oposición al finalismo, refiere la imprudencia al tipo. Pues, si la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el sujeto, que supera el riesgo permitido en el marco del fin de protección de la norma (§ 11, nm. 41), el resultado no se imputa únicamente con ayuda de la teoría de la condición, sino en virtud de criterios que fundamentan una conducta imprudente.

6 La necesidad de tratar la conducta imprudente como problema del tipo resulta por tanto de transformaciones de la teoría del injusto (del recurso a la norma de determinación, del reconocimiento del injusto personal y de la teoría de la imputación objetiva) que poseen validez para todo su ámbito y por tanto también para los delitos dolosos. Pero hay también argumentos específicos de la imprudencia para tal ubicación, pues está fuera de discusión que en amplios sectores el riesgo permitido marca el límite a partir de cuya superación comienza la imprudencia. Lo que está amparado por el riesgo permitido no es por tanto imprudente; pero lógicamente un riesgo **permitido** no puede estar sólo disculpado, sino que ha de hacer que desaparezca ya el injusto.

7 Mientras que existe amplio acuerdo en la inclusión del desvalor de la acción imprudente en el tipo, se discute recientemente la cuestión de si el resultado pertenece también al tipo de los delitos imprudentes y no es únicamente una condición objetiva de punibilidad situada fuera del injusto. Una concepción reciente, que radicaliza el enfoque de teoría de las normas, pretende dejar tan sólo el desvalor de la acción (es decir la conducta imprudente) en el tipo, con el argumento de que se podrían prohibir acciones, pero no resultados. La misma llega así precisamente a una inversión de la concepción clásica que sólo consideraba elemento del tipo el resultado y desterraba de él el desvalor de la acción. La concepción intermedia entre los extremos, coincidente en el resultado al que llega con la doc. dom., de que el desvalor de la acción y el desvalor del resultado pertenecen por igual al tipo ya ha sido fundamentada más detenidamente en la teoría del tipo (§ 10, nm. 88 ss.). Aquí podemos remitirnos a ese lugar.

II. Los criterios de la conducta imprudente

Cuando nos preguntamos por los elementos de contenido de la conducta imprudente, nos topamos en la jurisprudencia y en la doctrina científica con una profusión de elementos diferentes. En primer término se menciona la mayoría de las veces la "infracción del deber de cuidado". Junto a él se encuentran la "previsibilidad", "cognoscibilidad" o "advertibilidad" y "evitabilidad" del resultado como presupuestos o requisitos de la conducta imprudente. Además se recurre a la teoría de la imputación objetiva para limitar la responsabilidad por imprudencia. La mayoría de las veces se recurre a la contrariedad al cuidado debido para el injusto de la acción, y a la causación de un resultado típico imputable para el injusto del resultado [9]. Pero en concreto los mencionados criterios se ponen en relación entre sí de forma muy diferente. **8**

Así, Jescheck [10] distingue entre la "infracción del deber objetivo de cuidado" como injusto de la acción y la "producción, causación y previsibilidad del resultado" como injusto del resultado de los delitos imprudentes. En el marco de la causación trata el "nexo de antijuridicidad", que contempla como problema de imputación objetiva. Cramer [11] caracteriza asimismo la infracción del deber de cuidado como el desvalor de la acción de los delitos imprudentes, pero pretende concretar esta contrariedad al cuidado debido mediante los criterios de la evitabilidad y previsibilidad, así como el de la superación del riesgo socialmente adecuado. En el desvalor del resultado ubica el nexo de antijuridicidad y el encaje en el fin de protección de la norma. Otros autores renuncian por completo al criterio de la infracción del deber de cuidado [12] y colocan en lugar de ésta en primer plano elementos como la "cognoscibilidad" o "advertibilidad" de la posible realización del tipo [13] o su "evitabilidad" [14]; no obstante también se tienen en cuenta elementos de la imputación objetiva. **9**

Es correcto que el tipo de los delitos imprudentes, en la medida en que no contenga una descripción adicional de la conducta, se colma mediante la teoría de la imputación objetiva [15]: un resultado que se imputa al tipo objetivo está causado imprudentemente, sin que se precise de ulteriores criterios. En realidad, tras la característica de la infracción del deber de cuidado se esconden **10**

---

[9] Así expresamente Burgstaller, 1974, 31 ss.; SK^5-Samson, apénd. al § 16, nm. 10 ss., 22 ss.

[10] Jescheck, AT^4, § 55 I, II.

[11] Sch/Sch/Cramer^{24}, § 15, nm. 120 ss. (121-130).

[12] P.ej. LK^{10}-Schroeder, § 16, nm. 157; Schroeder, JZ 1989, 776; Jakobs, AT^2, 9/6; Maurach/Gössel, AT/2^7, 43/19; Schmidhäuser, Schaffstein-FS, 1975, 129 ss.

[13] LK^{10}-Schroeder, § 16, nm. 127 ss.; Schroeder, JZ 1989, 776; Jakobs, AT^2, 9/4-6.

[14] Maurach/Gössel, AT/2^7, 43/18 ss.; cfr. tb. Gössel, Bruns-FS, 1978, 43 ss.

[15] De acuerdo Yamanaka, ZStW 102 (1990), 944: "La 'contrariedad objetiva al cuidado debido' no debería poseer una significación autónoma dentro del concepto de imprudencia, sino ser absorbida por el criterio de la imputación objetiva."

distintos elementos de imputación que caracterizan los presupuestos de la imprudencia de manera más precisa que tal cláusula general.

11 Para empezar falta la contrariedad al cuidado debido cuando el sujeto desde un principio no ha creado un peligro jurídicamente relevante. Por tanto, al joven que cita a su novia y y la misma resulta muerta por el golpe de un meteorito (nm. 3) sin duda no se le puede reprochar una contrariedad al cuidado debido. Pero con la falta de creación de peligro se caracteriza de modo más exacto la razón de la exclusión de la imputación. A continuación se ha de negar la infracción del deber de cuidado cuando p.ej. el sujeto conduce de modo plenamente conforme a las normas del tráfico y a pesar de ello lesiona a alguien que se le echa encima del coche. Pero sólo la referencia a la observancia del riesgo permitido hace posible una fundamentación exacta de la exclusión de la imprudencia. Por fin, falta una infracción del deber de cuidado v.gr. cuando alguien sólo colabora a la autopuesta en peligro dolosa de otro o cuando puede invocar el principio de confianza. Pero ello se debe a que el fin de protección del tipo correspondiente no abarca tales resultados.

12 El elemento de la infracción del deber de cuidado no conduce más allá que los criterios generales de imputación. Es más vago que éstos y por tanto prescindible. En rigor es incluso "erróneo desde el punto de vista de la lógica de la norma" [16], pues produce la impresión de que el delito comisivo imprudente consistiría en la omisión del cuidado debido, lo que sugiere su interpretación errónea como un delito de omisión [17]. Sin embargo, al sujeto no se le reprocha el haber omitido algo, sino el haber creado un peligro no amparado por riesgo permitido y sí abarcado por el fin de protección del tipo, que se ha realizado en un resultado típico. Jakobs [18] dice con razón: "En el ámbito de la comisión no se prescribe v.gr. el manejo cuidadoso de cerillas, sino que se prohíbe el manejo descuidado; no existe un deber de manejar." Además, el fijarse en el deber de cuidado induce a la suposición errónea de que de la infracción de prohibiciones de puestas en peligro abstractas o de normas de tráfico extralegales (más detenidamente nm. 15 ss., 18 ss.) se deriva *eo ipso* una imputación imprudente. Tampoco se pueden separar entre sí, como sucede con tanta frecuencia, la infracción del deber de cuidado y la imputación del resultado, porque los presupuestos de la imputación son idénticos a los de la infracción del deber de cuidado.

13 Algo semejante sucede con elementos como los de la previsibilidad (o cognoscibilidad o advertibilidad) y la evitabilidad. Cuando un resultado no era previsible, o bien falta ya, como en el ejemplo del meteorito (nm. 3), la creación de un peligro jurídicamente relevante, o bien falta la realización del peligro

[16] Jakobs, AT², 9/6.
[17] Jakobs, AT², 9/6; LK¹⁰-Schroeder, § 16, nm. 158.
[18] Jakobs, AT², 9/6.

creado, cuando p.ej. el herido no muere debido a las consecuencias del accidente, sino debido a un incendio en el hospital. Lo propio rige para la evitabilidad. Si alguien conduce a velocidad excesiva y un transeúnte se le echa encima del coche con tan mala fortuna que no se habría podido evitar el resultado lesivo ni siquiera respetando la velocidad prescrita, la imprudencia no tiene lugar por falta de realización del peligro. Por tanto, para constatar la realización imprudente de un tipo no se precisa de criterios que se extiendan más allá de la teoría de la imputación objetiva.

III. Acerca de la concreción de la creación de peligro no permitido

No obstante, en la determinación de lo que se ha de considerar "creación de un peligro no permitido", se puede y se debe tener en cuenta todo lo que la jurisprudencia y la doctrina científica han ido precisando para la constatación de la infracción del deber de cuidado. En una exposición de tratado ni es posible ni tiene sentido explayarse en la enormemente amplia casuística (sobre todo acerca del Derecho de la circulación). Sin embargo, se pueden extraer de ella algunas directrices que resultan útiles para la determinación de la imprudencia [18a]. **14**

1. Normas jurídicas

En muchos ámbitos de la vida, sobre todo en el Derecho de la circulación, el legislador ha dictado prohibiciones de puestas en peligro abstractas, cuya infracción fundamenta en general la creación de un peligro no permitido. Así, normalmente la sola inobservancia de la prioridad de paso será suficiente para hacer aparecer como punible conforme al § 230 [lesiones imprudentes] la lesión del que tiene prioridad de paso; un exceso prohibido de velocidad fundamenta la imprudencia del homicidio debido al mismo, etc. La jurispr. lo resume en la frase de que los preceptos sobre circulación serían "el resultado de una previsión de posibles peligros basada en la experiencia y en la reflexión; indican ya con su existencia que, con su infracción, el peligro de un accidente entra dentro del terreno de lo posible" [19]. **15**

Por otro lado se reconoce que la infracción de preceptos sobre circulación es efectivamente un indicio de una creación de peligro prohibido, pero no **16**

[18a] Puppe, 1992, 29, califica de no permitido un peligro "cuando los indicios y factores causales de los que se compone... permiten... indicaciones tan fuertes sobre la posibilidad de un resultado desaprobado y de un curso causal desaprobado... que el sujeto está obligado según reglas de cuidado a hacerse consciente de esa posibilidad y a emplear estrategias para evitar su realización". Pero naturalmente esto precisa tb. de una concreción, como la que se intenta en lo que sigue.

[19] BGHSt 4, 182 (185), con referencia ya a la jurispr. del RG (RGSt 56, 343; 73, 370; 76, 1); literalmente repetido en BGHSt 12, 75 (78).

necesariamente la fundamenta [20]. Pues lo que es peligroso *in abstracto* puede sin embargo no ser peligroso en el caso concreto. La jurispr. recurre en tales casos a negar la "previsibilidad", pese a concurrir "infracción del deber de cuidado". "Para el concepto jurídico de imprudencia en el sentido del § 222 StGB [homicidio imprudente] no es únicamente decisivo si se han observado los preceptos de policía de tráfico o no. La previsibilidad depende siempre de las circunstancias del caso concreto y ha de examinarse con independencia de si concurre una infracción sancionable de tráfico. Ni tal infracción fundamenta por sí sola y necesariamente el reproche de la imprudencia, ni este reproche se excluye forzosamente mediante el respeto de los preceptos sobre circulación..." (BGHSt 4, 185). Así p.ej. el BGH no consideró suficiente sin más para la fundamentación de un peligro jurídicamente relevante para la vida del adelantado el adelantamiento en un cruce, antiguamente prohibido (conforme al § 10 I 3 StVO v. a.). "Puesto que... el adelantamiento en un cruce con plena visibilidad conduciendo por lo demás debidamente no es en sí peligroso, y el peligro sólo puede producirse mediante una culpa grave del adelantado, no resulta viable afirmar ya la previsibilidad del accidente únicamente en virtud de la infracción de la prohibición de adelantar" (BGHSt 4, 187). Sin embargo, el caso inverso de que alguien respete estrictamente las reglas de circulación y a pesar de ello sea condenado por imprudencia sólo puede producirse en la situación excepcional de que el respeto de las reglas de circulación en esa situación debiera conducir de modo absolutamente manifiesto a un accidente (BayObLGSt 59, 13).

17 De todos, por regla absolutamente general se habrá de reconocer como creación de un peligro suficiente la infracción de normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado producido. Cuando el resultado producido está demasiado apartado, la mayoría de las veces no se ha realizado el peligro que la norma pretendía prevenir, de modo que entonces no procede por esta razón la imputación imprudente. En su sentencia fundamental sobre la responsabilidad jurídicopenal por el producto [21], el BGH rehuyó una resolución clara, al subrayar por un lado que "algunos datos"... apuntarían "en favor de que los mismos deberes que son decisivos para la responsabilidad jurídicocivil por el producto constituyan también el fundamento de la responsabilidad jurídicopenal", mientras que por otro lado señala que no se podrían "usar sin reparos para la determinación de la responsabilidad jurídicopenal los principios de responsabilidad del Derecho civil orientados a la indemnización de daños y perjuicios."

---

[20] Para el caso de la responsabilidad por el producto más detenidamente Kuhlen, 1989, 117 s.

[21] BGHSt 37, 106 (115). Ahí se trata no obstante del problema paralelo de la fundamentación de una posición de garante, del mismo modo que en general el punto central de la resolución recae sobre la dogmática de la omisión, que no se tratará hasta el tomo II. Cfr. acerca de la responsabilidad jurídicopenal por el producto en general: Hilgendorf, 1993; Kuhlen, NStZ 1990, 566; Meier, NJW 1992, 3193; Schmidt-Salzer, 1988; idem, NJW 1990, 2966; Samson, StrV 1991, 182.

2. Normas del tráfico

Además de de la infracción de prohibiciones legales de poner en peligro, la creación de un peligro no permitido se deriva sobre todo de la infracción de "normas del tráfico" [22]. Se trata de "reglamentaciones" que han sido creadas por asociaciones o consorcios de intereses privados sobre todo en el terreno técnico y para el ejercicio de determinadas especialidades deportivas. Así hay nada menos que aproximadamente 12.000 normas DIN (*Deutsche Industrie-Normen*, Normas de la Industria Alemana), que persiguen en parte objetivos de seguridad. Junto a ellas existen una reglamentación VDE redactada por la *Verband Deutscher Elektrotechniker* (Asociación de Electrotécnicos Alemanes) con alrededor de 2.500 preceptos, una reglamentación del *Deutscher Verein von Gas- und Wasserfachmännern* (DVGW, Unión Alemana de Especialistas del gas y el agua), las reglas de conducta VDI del *Verein Deutscher Ingenieure* (Unión de Ingenieros Alemanes) [23], los conocidos reglamentos deportivos, las reglas para el Esquí de la *Fédération Internationale de Ski* (FIS), y similares. 18

En la práctica se alude también con frecuencia a la infracción de tales normas del tráfico para fundamentar la imprudencia. Sin embargo, no se puede atribuir a estos preceptos la misma trascendencia que a las prohibiciones de puestas en peligro abstractas del legislador [24]. Pues la delimitación del riesgo permitido, de la que se trata en estas "normas", no puede efectuarse por estas instituciones privadas ligadas a intereses con la misma autoridad y objetividad que por el legislador. La "norma" puede estar equivocada desde un principio o ser superada por la evolución técnica o no adecuarse al caso concreto; incluso prescindiendo de ello, no se podrá apreciar aún un peligro jurídicopenalmente desaprobado cuando una conducta se desvía sólo de modo insignificante de una norma del tráfico o cuando la seguridad se garantiza de otro modo [25]. La infracción de normas del tráfico es efectivamente por tanto un indicio para la constatación de la imprudencia, pero no hace superfluo un examen judicial autónomo del riesgo creado [26]. Por otro lado, el respeto de las normas del tráfico no excluye necesariamente la creación de un riesgo no permitido. En "supuestos de hecho extraordinarios de puesta en peligro" las exigencias pueden ser más estrictas "que lo que resulta de las reglas concebidas para el caso medio" (BGH NStZ 1991, 30 s.). 19

---

[22] Burgstaller, 1974, 50.

[23] Cfr. al respecto Lenckner, Engisch-FS, 1969, 490 ss.

[24] Más detenidamente Lenckner, Engisch-FS, 1969, 490 ss.; Schünemann, Lackner-FS, 1987, 367 [= ADPCP 1994-3, 307; N. del T.].

[25] Más detenidamente Lenckner, Engisch-FS, 1969, 497, 502.

[26] Según Schünemann, Lackner-FS, 1987, 389 [=ADPCP 1994-3, 331; N. del T.], la infracción de una norma técnica abstracta proporciona poco más que "material de juego intelectual". Burgstaller, 1974, 52, opina que la "constatación vinculante" estaría reservada a los tribunales. En cambio Kuhlen, 1989, 121, atribuye a las normas del tráfico "una notable trascendencia para la determinación del baremo de cuidado".

20 Asimismo, la infracción de reglas de los deportes tampoco fundamenta sin más la imprudencia jurídicopenal, ni siquiera cuando éstas pretenden preservar la seguridad física de los jugadores. Pues en las especialidades deportivas con enfrentamiento, como el fútbol, son inevitables y se asumen las infracciones leves de las reglas resultantes de emplearse con dureza [27]. Incluso cuando dan lugar a un *penalty* se mantienen aún jurídicopenalmente en el marco del riesgo permitido. Este sólo es rebasado cuando de modo contrario a las reglas se crea el peligro de lesiones serias.

3. El principio de confianza

a) En la circulación

21 Mientras que las normas jurídicas y las normas del tráfico proporcionan indicios más o menos importantes de la existencia de creación de un peligro no permitido, el principio de confianza hoy reconocido sobre todo en el Derecho penal de la circulación es un principio que sirve para la negación de un incremento del peligro inadmisible. En su forma más general afirma que quien se comporta debidamente en la circulación puede confiar en que otros también lo hagan, siempre y cuando no existan indicios concretos para suponer lo contrario [28]. Por tanto quien, p.ej., tiene prioridad de paso en los cruces no precisa reducir su velocidad en atención a posibles infracciones de tráfico de otros conductores, sino que por regla general puede partir de la base de que se respetará su preferencia de paso. Si ello no sucede y se produce una colisión, únicamente existe imprudencia en quien desatendió la preferencia de paso.

22 El principio de confianza, después de que el RG hubiera antepuesto aún en reiteradas ocasiones el "principio de desconfianza" sobre todo frente a los peatones, ha sido desarrollado por la jurispr. adaptándolo a las exigencias de la circulación moderna. Si p.ej. quien tiene prioridad de paso hubiera de parar también en atención a una posible infracción de tráfico del obligado a esperar, se devaluaría ampliamente el derecho de prioridad de paso y ya no sería posible un tráfico fluido (BGHSt 7, 121 s.). Se trata por tanto de un caso de aplicación del riesgo permitido [29]. Frente a ello, Schumann [30] pretende fundamentar el principio de confianza a partir del principio de responsabilidad propia. Sin embargo, contra ello está el hecho de que en caso de un aumento del riesgo (v.gr. fallos perceptibles en la conducción del otro) el principio de confianza pierde de inmediato su primacía, o sea que se protege al infractor de las normas de circulación sin perjuicio de su responsabilidad propia. Kuhlen [31] remite a una "ponderación de intereses que ha de tener en cuenta, junto al aspecto de protección de bienes jurídicos, también los de la propia responsabilidad de los demás y de la libertad de acción del que tiene el deber de cuidado".

---

[27] Cfr. Burgstaller, 1974, 53 s.; Maurach/Gössel, AT/2[7], 44/33.
[28] Cfr. v.gr. BGHSt 4, 47; 4, 182; 7, 118; 9, 93; 12, 81; 13, 109; 14, 97; 14, 201. Amplias referencias en Sch/Sch/Cramer[24], § 15, nm. 211 ss. Monografía: Kirschbaum, Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht, 1980.
[29] Op. absolutamente dom.
[30] Schumann, 1986, 7 ss.
[31] Kuhlen, 1989, 133.

El principio no es aplicable cuando la confianza en el comportamiento debido de otros en la circulación está manifiestamente injustificada. Ello rige para los niños pequeños y en caso de conducta sospechosa también para los niños mayores, y para los peatones adultos frágiles, de avanzada edad o manifiestamente desorientados, en situaciones de tráfico especialmente peligrosas y complicadas, pero también en cualquier otro caso en que otro interviniente en el tráfico permite advertir que no se atiene a las reglas. Por tanto, cuando un conductor se da cuenta de que otro no observa la prioridad de paso, debe parar y no puede pasar confiando en su "derecho". Según la jurispr., el principio de confianza debe retroceder también en caso de infracciones de tráfico "que se cometen con tanta frecuencia que un conductor consciente ha de contar razonablemente con ellas" [32]. **23**

Más allá de lo anterior, muchas resoluciones parten de la base de que no puede invocar el principio de confianza quien a su vez se comporta antijurídicamente [33]. Ello es incorrecto en los numerosos casos en los que una infracción de tráfico no ha repercutido en el accidente. Por tanto, quien conduce un coche en un estado de incapacidad para conducir a consecuencia del consumo de alcohol, a pesar de ello debe quedar exento de responsabilidad penal invocando el principio de confianza cuando otro no respeta su prioridad de paso y el accidente tampoco habría sido evitable para el conductor sobrio. El "castigo" del conductor alcoholizado con la pérdida del derecho a la protección de la confianza supondría la sanción inadmisible de un *versari in re illicita*. En cambio, quien ha puesto en peligro con su conducta incorrecta a otros intervinientes en la circulación y ha contribuido de este modo a un accidente no puede en efecto invocar el principio de confianza; pero ello se deriva sin más de que en una situación tan anómala en la circulación no se puede confiar desde un principio en que otros realicen una conducta evitadora de accidentes. **24**

b) En la cooperación con división del trabajo

Aún está poco claro hasta qué punto puede extenderse el principio de confianza a otros ámbitos o sectores de la vida [34]. Se reconoce en principio su extensión al caso de la cooperación con división del trabajo [35], sobre todo en el ámbito de la actuación médica (v.gr. en un equipo de operaciones) [36]. Tam- **25**

[32] BGHSt 12, 81 (83); más detenidamente al respecto R. Müller, 1987.

[33] Cfr. al respecto, con ulteriores referencias, la exposición con razón crítica de Niewenhuis, 1984, 110 ss. Tb. Krümpelmann, Lackner-FS, 1987, 292, constata con razón (en polémica con la "sentencia de la señal o indicador de población" —"Ortstafelurteil"— del BayObLG VRS 58 [1980], 221) "que el principio de la pérdida del derecho [a acogerse al principio de insignificancia] no posee una función fundamentadora del resultado".

[34] Para el ámbito de la responsabilidad jurídicopenal por el producto afirmativamente Kuhlen, 1989, 134 s.

[35] Burgstaller, 1974, 63.

[36] Más detenidamente Stratenwerth, Eb. Schmidt-FS, 1961, 383 ss.; Kamps, 1981; Peter, 1992;

bién aquí el BGH ha reconocido ya que en una operación "los médicos especialistas que intervienen en ella pueden confiar en la colaboración correcta del colega de la otra especialidad" [37]. Por otro lado, también se corresponde sin embargo con el principio de confianza el que se deba objetar y, en su caso, corregir los errores manifiestos de otro. Además, en la cooperación con división del trabajo, el principio de confianza debe retroceder cuando los intervinientes (v.gr. el médico que dirige la operación) poseen especiales deberes de vigilancia (p.ej. frente al médico asistente aún inexperto) u otras misiones de control [38]. A quién alcanzan estos deberes especiales derogatorios del principio de confianza y hasta dónde llegan los mismos se debe examinar con mayor precisión aún para las concretas formas de división del trabajo; la directriz debe ser que incluso al más competente de los que colaboran sólo se le pueden imponer tantos deberes de vigilancia en relación con otros como pueda cumplir sin peligro de descuidar su parte personal de trabajo.

c) Respecto de delitos dolosos de otros

26 Finalmente, el principio de confianza ha de regir también en cuanto que por regla general se puede confiar en que otros no cometan delitos dolosos [39]. Pues la venta de cuchillos, cerillas, mecheros, alcohol de quemar, de hachas y martillos y la transmisión de tales objetos no serían posibles si se hubiera de contar con la comisión de delitos dolosos por los compradores o por los demás receptores. Esto rige también con carácter general: si se debiera prescindir de ofrecer a otros ocasión para cometer delitos dolosos, la vida social moderna sería igual de imposible que si se renunciara al tráfico automovilístico. En esta medida se trata también de un caso de riesgo permitido: los peligros inevitables se asumen o soportan en atención a las ventajas individuales y sociales que el principio de confianza ofrece también en este terreno.

27 Aquí radica el núcleo correcto de la antigua teoría de la prohibición de regreso, aún defendida en la actualidad con distintas fundamentaciones, según la cual la cooperación no dolosa en delitos dolosos es impune [40]. No es desde luego que, como a menudo se suponía antiguamente, el hecho doloso del ejecutor inmediato interrumpa el nexo causal o que, en virtud de la impunidad

así como Umbreit, 1992, siguiendo mis argumentos en Roxin, Täterschaft, ³1975, 557 ss. Más extensamente Schumann, 1986, 19 ss.

[37] BGH NJW 1980, 649 (650).

[38] Stratenwerth, AT³, nm. 1159; Burgstaller, 1974, 64.

[39] Tendencialmente así (con diferencias particulares) v.gr. tb. LK¹⁰-Schroeder, § 16, nm. 184; Sch/Sch/Cramer²⁴, § 15, nm. 154; SK⁵-Rudolphi, antes del § 1, nm. 72; Stratenwerth, AT³, nm. 1162 ss.

[40] Exhaustivamente al respecto Roxin, Tröndle-FS, 1989, 177 ss. A favor de una prohibición de regreso en la doctrina científica reciente (con diferentes modificaciones): Lampe, ZStW 71 (1959), 611 ss.; Naucke, ZStW 76 (1964), 409 ss.; Welp, 1968, 124 ss., 283 ss., 299 ss.; Otto, Maurach-FS, 1972, 91 ss.; Wehrle, 1986, 126 ss.

de la participación imprudente, no pueda hacerse responsable en ningún caso al tercero imprudente. Pues no es posible concebir un nexo causal simultáneamente como existente e "interrumpido"; y, dado que en los delitos imprudentes rige el concepto unitario de autor, en el supuesto de causación imprudente de un hecho doloso no se trata de una participación, sino de autoría imprudente. Tampoco se puede negar sin más el nexo de antijuridicidad o de imputación aludiendo a la propia responsabilidad del autor doloso, pues cuando un sujeto que actúa sin dolo ha creado el peligro intolerable de un delito doloso, no hay razón alguna para excluir la posibilidad de una imputación imprudente junto al delito doloso [41]. La solución no consiste por tanto en una prohibición absoluta de regreso, sino que se trata de trazar los límites del principio de confianza y por tanto del riesgo permitido.

Lo correcto es que el principio de confianza no puede regir ya cuando una **28**
conducta fomenta la perceptible inclinación o propensión al hecho delictivo de un potencial autor doloso [42]. Por tanto quien, a petición suya, alcanza un cuchillo al contendiente en una pelea encarnizada se hace penalmente responsable al menos por homicidio imprudente, en caso de que falte el dolo homicida propio, si el receptor comete con él un homicidio. No obstante, ha de resultar improcedente la imputación imprudente, incluso en caso de perceptible inclinación al hecho delictivo, cuando falte un "fomento o favorecimiento" porque la conducta del *extraneus* sólo se convierte en causal para el resultado mediante una combinación caprichosa de condiciones por parte del autor doloso. Si el hombre A le dice a la mujer B: "no me abandones o, si no, mato a alguien" y pese a ello B lleva a cabo su decisión de separarse, la misma no responde penalmente por homicidio imprudente en caso de que A lleve a la práctica su amenaza.

El criterio del "fomento o favorecimiento de la perceptible inclinación al **29**
hecho delictivo" es más adecuado para la delimitación del riesgo permitido que el elemento del "fomento o favorecimiento de una persona perceptiblemente resuelta al hecho delictivo" [43]. Pues la resolución al delito es un proceso interno que en escasas ocasiones es perceptible claramente al exterior; además, precisamente a quien todavía vacila no se le pueden ofrecer oportunidades para una más fácil comisión del delito. Tampoco es del todo convincente el enfoque de Jakobs, según el cual las primeras acciones son imputables como delitos imprudentes en caso de segunda acción dolosa, cuando su sentido objetivo sólo puede estar al servicio de la realización de un delito [44]. Pues no hay acciones que exclusivamente puedan estar al servicio de la comisión de

---

[41] Más detenidamente Roxin, Tröndle-FS, 1989, 186 ss.
[42] Más detenidamente Roxin, Tröndle-FS, 1989, 190 ss. Como aquí LK[10]-Schroeder, § 16, nm. 184.
[43] Stratenwerth, AT[2], 1976, nm. 1162; Wolter, 1981, 348 s.
[44] Jakobs, ZStW 89 (1977), 1 ss. (23-25); idem, AT[2], 24/15; siguiéndole Stratenwerth, AT[3], nm. 1164.

un delito; incluso un veneno y un revólver pueden ser empleados para fines no punibles. Siempre depende de la intención de quien actúa de manera inmediata el para qué utiliza algo. Otras formulaciones, como la de que una cooperación no dolosa puede ser imputada a la imprudencia cuando existían indicios concretos de la comisión de un delito doloso [45] o cuando la "conducta delictiva del otro es tan evidente que sería insensato no contar con ella" [46], son tendencialmente correctas, pero demasiado abstractas; pues sólo la perceptible inclinación al hecho delictivo proporciona los indicios concretos, en caso de cuya concurrencia sería insensato no contar con la realización de un delito.

30 En las consecuencias prácticas esta solución conduce a resultados que se separan en parte de la op. dom. Es correcto el que RGSt 64, 375, condenara por homicidio imprudente a la amante de un hombre casado porque la misma le había proporcionado en circunstancias sospechosas veneno, con el que él mató a su mujer. Puesto que ella había "manifestado precisamente" que "él no le haría nada malo a su mujer", ello denota que le había sido perceptible la inclinación del marido al hecho delictivo. Asimismo (en contra de BGE IV 330 ss.) existió un incendio imprudente en el caso en que alguien "mediante manifestaciones irreflexivas sobre lo 'deseable' de un incendio" había motivado a un interlocutor a prender fuego. Puesto que se había hablado incluso de un pago por la ejecución del hecho, la alegación de la instigadora de haberlo dicho todo sólo "en broma" podía acaso excluir su dolo, pero no la perceptible inclinación al hecho delictivo de quienes habían interpretado la "broma" como verdadera inducción.

31 Por otro lado, no se puede aprobar el que el RG (E 61, 318) pretendiera castigar por homicidio imprudente al constructor de una vivienda con peligro de incendio, cuyos inquilinos murieron a causa de un incendio, aun en el caso de que éste se hubiera provocado dolosamente. Pues el constructor no había de tener en cuenta la posibilidad de un incendio doloso del que no había indicios de ningún género; el que se hubiera tenido que afirmar la punibilidad por imprudencia en caso de incendio no doloso derivado del peligro de incendio de la casa es harina de otro costal. Lo propio rige para los casos muy discutidos de custodia descuidada de objetos que otro usa como medio o instrumento de un delito doloso. Quien tiene la idea de suicidarse y guarda un veneno y un revólver sin llave en el cajón de la mesilla de noche, es por tanto responsable en determinadas circunstancias de la desgracia o accidente que resulte de ello, pero no de un asesinato doloso que alguien perpetre con ellos. También el policía o el cazador que dejan sus armas en la fonda tienen que responder como autores imprudentes por el delito doloso que otro comete con ellas sólo en caso de perceptible inclinación al hecho delictivo.

---

[45] SK^5-Rudolphi, antes del § 1, nm. 72.
[46] Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT I, Die Straftat, 1982, 16/57.

4. La figura-baremo diferenciada

Un ulterior medio auxiliar para la determinación del peligro no permitido es la "figura-baremo o modelo diferenciada" [47]. Es decir: se pregunta cómo se habría comportado en la situación concreta una persona consciente y cuidadosa perteneciente al sector del tráfico del sujeto. Por lo tanto, si un deshollinador o un instalador (electricista, etc.) han causado una lesión de bienes jurídicos en el ejercicio de su profesión, se ha de tomar el baremo o parámetro de la conducta de un deshollinador o instalador consciente y cuidadoso [48]. Si la actuación se mantiene dentro del marco establecido por la figura-baremo, no concurre una creación de peligro o al menos no se supera el riesgo permitido; por tanto no procede la imprudencia. Si en cambio el sujeto ha creado un riesgo mayor al que habría producido la persona ficticia que sirve de comparación, entonces se realiza el tipo imprudente. 32

La debilidad de este modelo radica en que a menudo no es fácil determinar la conducta de la figura-baremo [49]. En la medida en que se trate, como sucede la mayoría de las veces, del ejercicio correcto de profesiones y oficios, se podrá utilizar como criterios rectores las normas que son conocidas en los respectivos sectores del tráfico, aun cuando no estén codificadas al modo de las normas jurídicas o del tráfico. A ellas pertenecen las reglas del arte *(lex artis)* médico, de la construcción, etc. Además, en las empresas se fijan a menudo disposiciones para la prevención de accidentes, cuya inobservancia no se permitiría por regla general una figura-baremo. Asimismo un profesor "ajustado al baremo" se atendrá normalmente a las instrucciones que se dicten para la vigilancia de los alumnos en excursiones y viajes de clase. También fuera de los sectores laborales existen a menudo tales reglas: así, el usuario de medicinas consciente y cuidadoso no hará caso omiso de los prospectos de los medicamentos, el aficionado a navegar o el alpinista ajustado al baremo no harán caso omiso de las advertencias del servicio de vigilancia acuática o de montaña, etc. 33

5. Deberes de información y de omisión

Donde faltan baremos o parámetros de conducta formulados para sectores o ámbitos especializados de la vida, han de servir de orientación no obstante dos reglas generales: quien se dispone a realizar una conducta cuyo riesgo para bienes juridicopenalmente protegidos no puede valorar, debe informar- 34

[47] Burgstaller, 1974, 54 ss.

[48] Acerca de los deberes de los órganos societarios N. Schmid, SchwZStr 105 (1988), 172 ss.

[49] Más detenidamente Kuhlen, 1989, 102 ss., quien describe correctamente el problema de ser y deber ser que aquí se esconde (p. 162): "Cuanto más se asimilen estas figuras a los actores reales de un determinado sector del tráfico, más valioso es su empleo argumentativo, pero también más fuertemente se asimila la determinación del cuidado necesario en el tráfico a la descripción del cuidado realmente practicado en el tráfico."

se [50]; si no es posible o parece que no servirá para nada informarse, se debe abstener de la conducta. Y quien pretende emprender algo que probablemente ponga en peligro bienes jurídicos y no es capaz de hacer frente a los peligros debido a insuficiencias físicas o por falta de práctica o habilidad, debe omitir la conducta; en caso contrario existe ya en el emprendimiento o asunción de la actividad una imprudencia (la llamada provocación culpable por emprendimiento o asunción). Brevemente resumido: quien no sabe algo, debe informarse; quien no puede hacer algo, debe dejarlo.

35 Por tanto, cuando una paciente comunica al médico que tiene "algo en el corazón", es imprudente proceder a una anestesia general sin previo examen por un internista (BGHSt 21, 59). El médico que no está perfectamente al corriente del tratamiento de una dolencia debe informarse en la literatura científica especializada (RGSt 64, 263 [269]; 67, 12 [23]). El testigo que ya no se acuerda exactamente debe prepararse para su declaración (p.ej. de la mano de su documentación escrita), para evitar manifestaciones falsas (RGSt 62, 126 [129 s.]).

36 También son sumamente numerosos los casos de provocación culpable por emprendimiento o asunción. A modo de ejemplo, actúa imprudentemente el conductor de un coche cuando se pone al volante pese a saber que ya no puede ver bien, que su capacidad de reacción está sustancialmente reducida por enfermedad o por la edad, que está completamente agotado (BGH VRS 5 [1953], 477) o que como principiante no puede hacer frente a las circunstancias especialmente difíciles de la carretera (OLG Hamm VRS 25 [1963], 455). Quien vende escritos cuyo carácter peligroso para la juventud no puede advertir por su limitación intelectual, debe o bien "cerciorarse con ayuda especializada" o bien abandonar ese oficio (BGHSt 10, 134 s.).

6. La ponderación de utilidad y riesgo

37 En los casos que no son abarcados por las pautas de concreción hasta ahora citadas, hay que fijarse en si la acción entrañaba en sí el peligro perceptible de lesión típica de bienes jurídicos. Cómo de grande deba ser el peligro para ser jurídicopenalmente relevante y por tanto fundamento de la imputación imprudente depende en primer término de la relevancia social de la conducta generadora de riesgo [51]. En el supuesto de acciones dignas de desaprobación social, socialmente inútiles (v.gr. en el caso de carreras de moto salvajes o de tiroteos en plan de juerga) todo riesgo mensurable puede llevar a una punición

[50] Cfr. más detenidamente Engisch, 1930, 306 ss.; Jescheck, AT^4, § 55 I 3 c.

[51] Cfr. Burgstaller, 1974, 58, y Schünemann, JA 1975, 575 s., quien distingue entre acciones de lujo, acciones socialmente comunes, socialmente útiles y socialmente necesarias. En este sentido tb. Donatsch, 1987, 212 ss., quien declara tener dudas de principio contra la "ominosa figura-baremo" (p. 212).

por imprudencia, si se producen accidentes. Si en cambio una acción goza de reconocimiento social (como v.gr. jugar al fútbol en los lugares destinados a ello), se pueden tolerar pequeños riesgos; por tanto, si un espectador resulta lesionado por una pelota que vuela hasta el público, no se ha de imputar este resultado al jugador (salvo cuando el mismo haya disparado intencionadamente hacia el espectador, v.gr. por rabia). En el caso de las acciones socialmente indicadas o prescritas, como la del viaje a toda velocidad de una ambulancia, pueden aceptarse de nuevo riesgos aún algo mayores, sin que se rebase el límite con el peligro no permitido. Se trata por tanto de un proceso de ponderación análogo al de los casos de riesgo permitido regulados legalmente.

Para esta ponderación son decisivas, además de la relevancia social de la **38**
conducta del sujeto, también otras circunstancias: la magnitud del daño que eventualmente amenaza con producirse y los sacrificios que serían precisos para eliminar plenamente un riesgo. P.ej. no se puede exigir de un librero que lea de principio a fin todos los libros y folletos suministrados a la búsqueda de "pasajes" punibles, pues ello paralizaría el negocio. Dado que la difusión pasajera de ejemplares aislados de obras escritas no suele ocasionar ningún daño significativo, se habrá de negar por tanto en un caso así la imprudencia.

IV. Acerca de la concreción del ámbito típico de protección

La imputación imprudente no termina sólo en el riesgo permitido, sino **39**
también cuando se rebasa el ámbito de protección del respectivo tipo. Ello ya se ha tratado más detenidamente en la imputación al tipo objetivo para los grupos de casos de mayor importancia práctica de la cooperación en la autopuesta en peligro dolosa, de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste y de la atribución a la esfera de responsabilidad de otro (§ 11, nm. 86 ss., 98 ss., 104 ss.). Aquí podemos remitirnos a esos lugares.

La delimitación del ámbito de protección respecto de otros criterios de imputación no **40**
siempre es clara y no se realiza de forma unitaria en la literatura científica. Así, el principio de confianza se interpreta por un sector como limitación de la imputación mediante la esfera de responsabilidad de otro (cfr. nm. 22), mientras que el mismo se ubica aquí en el riesgo permitido (nm. 21 ss.). Por otro lado, sería concebible ubicar los casos de intervención en la autopuesta en peligro dolosa de otro en el riesgo permitido en vez de sólo en la teoría del ámbito de protección. La pauta de delimitación aquí seguida es la de que en el riesgo permitido se deben tener en cuenta circunstancias especiales que elevan el peligro (en el principio de confianza p.ej. la conducta incorrecta perceptible del otro), mientras que v.gr. en la cooperación en la autopuesta en peligro dolosa ni siquiera grados muy elevados de puesta en peligro fundamentan aún una imputación imprudente.

Otras diferencias de ubicación se deben a malentendidos terminológicos. Cuando p.ej. **41**
Cramer [52] dice que algunos grupos de casos discutidos desde la perspectiva del ámbito de protección afectan "ya al alcance y la limitación del deber de cuidado que le incumbe al sujeto", ello es absolutamente correcto. Quien se mueve dentro del riesgo permitido, aquel cuya conducta no es abarcada por el ámbito de protección del tipo no infringe ningún deber

[52] Sch/Sch/Cramer[24], § 15, nm. 179.

de cuidado. Como sin embargo los criterios de la teoría de la imputación deben precisar y reemplazar al criterio vago y no del todo correcto de la infracción del deber de cuidado (nm. 10 ss.), de la indicación de Cramer no puede derivarse objeción alguna.

42 Como grupos de casos adicionales de la teoría del ámbito de protección que todavía no han sido tratados en la imputación al tipo objetivo se examinarán aquí sólo los grupos de casos de los daños por shock y los daños consecuencia de otros.

43 Daños por shock son perjuicios o menoscabos físicos que sufren terceros cuando se enteran de la muerte o de la grave lesión de una persona allegada o de otra desgracia que les afecta. No se puede negar que p.ej. el homicidio imprudente de un ser humano puede poner en peligro también la salud de personas allegadas al mismo. Pero —con independencia de la cuestión de la compensación jurídicocivil de las consecuencias del daño— el pretender imputar jurídicopenalmente tales consecuencias al primer causante supondría ir demasiado lejos. El fin de protección de la prohibición penal de matar o lesionar no consiste en preservar a personas distintas del afectado de las repercusiones físicas de conmociones psíquicas [53].

44 Tampoco son ilimitadamente imputables los daños consecuencia de otros, o sea, que se derivan sólo posteriormente de un primer daño. Cuando un daño derivado de un accidente evolucione continuadamente (sea en poco o mucho tiempo) hasta la muerte, se deberá en efecto apreciar un homicidio imprudente, si concurren los restantes requisitos. Concurre por tanto un homicidio imprudente aun cuando la víctima sucumba sólo tras largos años de enfermedad a las lesiones internas que le produjo el accidente [54]. Pero cuando una enfermedad se detenga sin que sea posible un restablecimiento pleno, las consecuencias sobrevenidas posteriormente que se deriven de la reducción general de la capacidad de resistencia y de rendimiento deben considerarse no abarcadas ya por el fin de protección de los §§ 222 [homicidio imprudente] y 230 [lesiones imprudentes] [55]. Por tanto, si alguien es dado de alta del hospital tras amputársele una pierna y después de muchos años muere o se lesiona por una caída debida a su impedimento para andar, no puede hacerse penalmente responsable también del segundo accidente a quien provocó culpablemente el primer accidente, siendo indiferente si el segundo accidente ha sido (co)causado culpablemente por el sujeto a quien se amputó la pierna o no.

---

[53] Roxin, Gallas-FS, 1973, 256 s. (= Problemas básicos, 196 s.). De acuerdo Burgstaller, 1974, 125 s.; Schünemann, JA 1975, 720; SK⁵-Rudolphi, antes del § 1, nm. 78; Stratenwerth, AT³, nm. 350; Wolter, 1981, 341, 55 s.

[54] A favor de una atenuación facultativa de la pena Silva Sánchez, GA 1990, 207 [= Homenaje-Fernández Albor, 1989, 677; N. del T.], quien ofrece además una panorámica de las distintas formas de "no-inmediatez en la producción del resultado".

[55] Roxin, Gallas-FS, 1973, 253 ss. (= Problemas básicos, 193 ss.). De acuerdo Burgstaller, 1974, 127 s.; Schünemann, JA 1975, 720; SK⁵-Rudolphi, antes del § 1, nm. 77; Stratenwerth, AT³, nm. 349; Sch/Sch/Cramer²⁴, § 15, nm. 179.

Pues efectivamente en la consecuencia sobrevenida posteriormente se sigue realizando un peligro creado por la primera acción, pero los mayores riesgos para la vida de la víctima se han de tener ya en cuenta en la medición de la pena en el proceso penal subsiguiente al accidente, de modo que tales consecuencias sobrevenidas posteriormente no exigen una nueva sanción penal.

No está claro si existen casos en los que haya que excluir de la imputación las consecuencias sobrevenidas posteriormente incluso cuando se deban a una enfermedad que progresa lenta y constantemente. Schünemann [56] ha planteado la cuestión para el caso de una infección imprudente con VIH, de la que la víctima muere después muchos años. Su tesis de que el § 229 [envenenamiento] ofrecería una regulación especial que excluiría la punición (plenamente impracticable en el ámbito forense) por el § 222 [homicidio imprudente], o sea que extraería la muerte de la víctima del ámbito de protección de este precepto, requiere seguir reflexionado al respecto. **45**

V. ¿Generalización o individualización del baremo de la imprudencia?

Todas las reglas expuestas hasta ahora para la determinación de la imprudencia han partido de baremos objetivos y han tomado por base el caso normal de que las capacidades individuales del sujeto se corresponden con esos baremos. Sin embargo, en el caso concreto puede suceder que las capacidades sean menores o mayores que lo que corresponde a las exigencias generales. P.ej. un cirujano o un conductor de automóvil pueden, a consecuencia de falta de vista o de dificultades motrices en los brazos y las manos o en caso de reducción del rendimiento debida a la edad, no estar ya en condiciones de responder a las reglas del arte *(lex artis)* médico o las reglas de circulación. Por otro lado, se puede pensar en un cirujano genial o un piloto de carreras experimentado que pueden rendir mucho más que la mencionada "figura-baremo o modelo". La cuestión de hasta qué punto merecen ser tenidas en cuenta en la determinación de la imprudencia las capacidades individuales del sujeto es objeto de viva polémica. **46**

La op. dom. parte de un "doble baremo" [57]. Según esta "teoría de los dos peldaños (o de la doble posición)" [58], el tipo de los delitos imprudentes se realiza con la contravención de los baremos objetivos concretados más dete- **47**

---

[56] Schünemann, 1988, 483 ss.; siguiéndole Herzberg, JZ 1989, 488 ss.; a favor de aplicar el § 229 [envenenamiento] ya antes Lang, AIFO 1986, 148.

[57] Cfr. simplemente Blei, AT^{18}, § 82 II; Bockelmann/Volk, AT^{4}, § 20 B I; Burgstaller, 1974, 16 ss.; Engisch, 1930, 334 ss.; Jescheck, AT^{4}, § 54 I; Schünemann, JA 1975, 512 ss.; Welzel, StrafR^{11}, 131 ss. [= PG, 1987, 187 ss.; N. del T.]; Wessels, AT^{23}, § 15 I 3. Similar Maurach/Gössel, AT/2^{7}, 43/110 ss.

[58] Eser, StrafR II^{3}, 21/9.

nidamente *supra* (nm. 14 ss., 39 ss.), mientras que la cuestión de si el sujeto podía satisfacer estas exigencias únicamente es un problema de culpabilidad imprudente. "Sólo después de constatar la faceta objetiva del hecho imprudente (tipo de injusto) se puede seguir examinando si el mandato general de cuidado y previsión también podía ser cumplido por el sujeto individual conforme a su inteligencia y formación, su habilidad y capacitación, su experiencia vital y posición social" [59]. Por tanto, si alguien provoca un accidente mediante infracciones de de circulación que no podía evitar a consecuencia de que su capacidad de conducir era muy inferior a la media, ha realizado de modo antijurídico el correspondiente delito imprudente; por su incapacidad individual se excluye sólo la culpabilidad imprudente. Si el sujeto podía advertir su incapacidad, existe sin embargo una imprudencia objetiva y subjetiva ya en el mero hecho de haber conducido (provocación culpable por emprendimiento o asunción, cfr. nm. 34, 36).

48 Frente a ello, una opinión minoritaria defendida por prestigiosos autores [60] parte de la idea de que incluso la realización del tipo de la imprudencia depende de la capacidad individual del sujeto. De quien posee una capacidad de rendimiento superior al participante habitual en el tráfico jurídico se exige también más, de modo que si causa un resultado por no emplear sus capacidades puede ser castigado por imprudencia, pese a que la misma conducta se juzgaría adecuada en una persona normalmente capacitada. Quien, a la inversa, está por debajo de la capacidad de rendimiento de una "figura-baremo diferenciada" (nm. 32 ss.) y a consecuencia de ello produce un resultado típico no actúa antijurídicamente, pese a que un ciudadano medianamente capacitado sería castigado por imprudencia en caso de idéntica conducta. Ahora bien, si las capacidades del sujeto eran de todos modos suficientes para advertir su propia incapacidad, su provocación culpable por emprendimiento o asunción conduce también desde la perspectiva de esta concepción a la punición por imprudencia.

49 En el resultado al que llegan, la diferencia entre ambas concepciones es menor de lo que hace suponer la vehemencia de la polémica sostenida al respecto. Pues en caso de capacidades inferiores a la media existe acuerdo en que la punibilidad del sujeto no puede ir más allá de su capacidad de rendimiento, con independencia de si la insuficiencia de ésta excluye ya el tipo (así la concepción individualizadora) o sólo hace desaparecer la culpabilidad (así la teoría de los dos peldaños o de la doble posición). Tampoco resulta diferencia alguna respecto de la provocación culpable por emprendimiento o asun-

---

[59] Jescheck, AT[4], § 54 I 3.
[60] Stratenwerth, AT[3], nm. 1096 ss.; idem, Jescheck-FS, 1985, 285 ss.; Jakobs, AT[2], 9/1 ss.; idem, ZStW-Beiheft 1974, 20 s., n. 45; idem, 1972, 48 ss., 55 ss.; SK[5]-Samson, apénd. al § 16, nm. 13 ss.; Otto, AT[4], § 10 I 3; Castaldo, 1992, 65 ss.; idem, GA 1993, 495.

ción. Sólo existe una diferencia material en el caso de capacidades superiores a la media, pues conforme al baremo objetivo no es preciso que nadie rinda más de lo que se requiere con carácter general, mientras que la concepción individualizadora exige también el empleo de las superiores capacidades, y en esa medida es por tanto más estricta. Sin embargo, esta discrepancia se vuelve a relativizar por el hecho de que, por un lado, también la concepción objetiva crea para los especialistas figuras-baremo específicas (sectores del tráfico) (nm. 32 ss., 56), y, por otro lado, también según la concepción individualizadora el sujeto capacitado por encima de la media se puede orientar por regla general por el baremo objetivo del riesgo permitido (p.ej. por el principio de confianza).

Por lo demás, la solución materialmente correcta discurre entre medias de **50**
las dos concepciones extremas: las capacidades inferiores a la media no pueden excluir el tipo y la antijuridicidad, mientras que las capacidades superiores a la media deben sin embargo emplearse. Por tanto, se ha de generalizar hacia "abajo" e individualizar hacia "arriba" [61]. Esta concepción intermedia se basa en las siguientes consideraciones:

El que las capacidades inferiores a la media no puedan excluir el injusto, **51**
sino sólo la culpabilidad, se deriva de la estructura sistemática del delito [62]. La imposibilidad individual de actuar de otro modo es —al menos en los delitos comisivos— siempre un problema de culpabilidad, mientras que la imputación al tipo objetivo se vincula a los baremos de la creación del peligro y del fin de protección, que son independientes de la individualidad del sujeto. Si se hace depender ya la realización del tipo de baremos individualizadores, entonces se anula en parte la separación entre injusto y culpabilidad. Pues es verdad que también para la concepción individualizadora restan la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, el conocimiento virtual de la prohibición y la exigibilidad como componentes de una culpabilidad que hay que separar del injusto [63]; pero como la falta de imputabilidad (p.ej. en caso de ebriedad o de trastornos mentales o psíquicos) suele mermar decisivamente también el "poder instrumental" [64], o sea la capacidad de rendimiento, la falta de culpabilidad conduce sin embargo de modo mediato en tales casos a la exclusión del tipo.

También las consecuencias prácticas se oponen al efecto excluyente del tipo **52**
de la incapacidad. Si p.ej. el conductor de automóvil que padece esclerosis,

---

[61] En este sentido tb. Sch/Sch/Cramer[24], § 15, nm. 118 s., 121, 133 ss.; Kuhlen, 1989, 85; similar tb. Wieseler, 1991, 138 ss.

[62] No se puede entrar aquí en los numerosos detalles de la polémica. Una crítica fundamental a la teoría individualizadora en Arm. Kaufmann, Welzel-FS, 1974, 405 ss.; Schünemann, Schaffstein-FS, 1975, 159 ss.; idem, JA 1975, 512 ss.; Hirsch, ZStW 94 (1982), 266 ss.; Kaminski, 1992. Si bien Stratenwerth, Jescheck-FS, 1985, 285 ss. y Castaldo, 1992, 65 ss., han conseguido aclarar en su réplica algunos malentendidos, sólo han podido debilitar parcialmente la crítica.

[63] Stratenwerth, AT[3], nm. 1124 ss.

[64] Stratenwerth, Jescheck-FS, 1985, 287.

problemas de visión o está ebrio, y que a consecuencia de su defecto causa un accidente para él inevitable actuara conforme a Derecho, tampoco la construcción de la provocación culpable por emprendimiento o asunción podría fundamentar su responsabilidad por imprudencia. Pues quien se pone al volante conociendo su defecto llevaría a cabo una acción conforme a Derecho, lo que difícilmente se le puede reprochar a título de imprudencia [65]. Por consiguiente, la concepción individualizadora no puede discutir, en el caso del causante de un daño con capacidad inferior a la media, la antijuridicidad, sino a lo sumo la realización del tipo o el "injusto merecedor de pena" [66]. También esta concepción necesita por tanto un baremo general al menos para fundamentar la antijuridicidad. Pero tampoco puede negar seriamente la tipicidad de la conducta que contraviene el baremo general, pues la imprudencia por emprendimiento o asunción no consiste en la producción de una conducta extrapenalmente antijurídica, sino precisamente en el peligro de producción de un injusto imprudente típico. Y si la incapacidad no excluyera ni el tipo ni la antijuridicidad, sino sólo el "injusto merecedor de pena" que da "lugar a una sanción jurídicopenal" [67], entonces ya no se puede comprender por qué la cuestión de la necesidad de sanción referida al sujeto concreto sería de repente un problema de injusto y no, como en todos los demás casos, una cuestión de responsabilidad. Además, difícilmente se pueden vincular medidas de seguridad eventualmente necesarias a una conducta que ni siquiera representa un injusto jurídicopenal.

53 El argumento de lógica de la norma que los defensores de la concepción individualizadora aducen ante todo en contra de lo anterior, consistente en que el mandato legal sólo podría ir dirigido a "hacer" lo individualmente "posible" [68], no puede aceptarse. La norma se dirige a todos; y debe hacerlo por la simple razón de dejar claro a aquel cuya capacidad de rendimiento es dudosa lo que como mínimo se espera de él, y para hacerle abstenerse en su caso de una imprudencia por emprendimiento o asunción. El que el sujeto pudiera evitar su infracción de la norma es una cuestión de culpabilidad por regla general sólo constatable *a posteriori*; la infracción de la norma como tal no se elimina por la deficiencia de rendimiento. Si se pretendiera resolver la cuestión de otro modo, no se entendería bien por qué la inimputabilidad sin más o el error de prohibición invencible no excluirían también la tipicidad. Ello supondría sin embargo una vuelta a la forma más antigua de la teoría de los imperativos con su unificación de injusto y culpabilidad (cfr. § 10, nm. 90 ss.).

---

[65] Cfr. Schünemann, Schaffstein-FS, 1975, 167 s., quien demuestra que es tb. una vía equivocada el expediente al que recurre Jakobs, 1972, 151, de castigar sin infracción de la norma; cfr. además Arm. Kaufmann, Welzel-FS, 1974, 405.

[66] Así efectivamente Stratenwerth, Jescheck-FS, 1985, 285, 293 s.

[67] En esta dirección apunta Stratenwerth, Jescheck-FS, 1985, 285.

[68] Stratenwerth, AT^3, nm. 1097.

Por otro lado, hay que darle la razón a la teoría individualizadora en aquello en lo que radica exclusivamente su trascendencia práctica: en el terreno de las capacidades especiales. Un participante medio en la circulación no actúa imprudentemente si un transeúnte se le echa encima del coche de tal modo que un conductor dotado de capacidades normales no habría podido ya esquivarlo. Por eso un "experto conductor de *rallies*" [69], cuyas muy superiores habilidades en la conducción le permiten aún esquivar y dominar su coche cuando derrapa, debe sin embargo hacer uso de estas capacidades y se le ha de castigar por homicidio imprudente cuando por negligencia no lo hace. Cualquier otra concepción permitiría sin necesidad el sacrificio de una vida humana; ello sería incompatible con los fundamentos de nuestro ordenamiento jurídico. Tampoco un cirujano de primerísima calidad, respecto de cuyas técnicas y destreza no existe competencia posible en el plano internacional, puede operar a su paciente con resultado mortal, por rendir en la medida —muy por debajo de su nivel— correspondiente al estándar mínimo vigente para cirujanos medios [70]. No puede suceder aquí algo distinto a lo que sucede en los delitos de omisión: un campeón del mundo de natación, que trabaja además como socorrista y puede nadar el doble de rápido que sus colegas, no puede dejar ahogarse a un accidentado por ir sólo a la velocidad de los demás. 54

A favor de la corrección de este resultado está, además de la razón ya mencionada —que se han de evitar las lesiones evitables de bienes jurídicos—, también la circunstancia de que el conocimiento especial puede fundamentar sin discusión una imprudencia [71]. Quien conduce un coche cuyo defecto de motor advierte o debería haber advertido por determinados síntomas actúa imprudentemente; aquel que no poseía indicios de ese daño se mueve en el riesgo permitido. ¿Por qué lo que rige para el conocimiento especial no debería ser igualmente correcto en la capacidad especial? 55

A ello se añade que los defensores del baremo generalizador en la imprudencia efectúan una individualización bastante amplia mediante la construcción de "sectores del tráfico" (nm. 32 ss.). Así se distingue p.ej. entre las exigencias a un médico y a un médico especialista, a un "conductor ordinario de automóvil" y a un piloto de carreras, a un pequeño comerciante y al "presidente del consejo de administración de una sociedad anónima" [72]. Cuando 56

---

[69] Stratenwerth, Jescheck-FS, 1985, 301.

[70] Cfr. el ejemplo en Stratenwerth, AT^3, nm. 1098. Frente a ello, Jakobs, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 287, opina: "El médico de cabecera que mediante investigaciones intensivas supera el antiguo estándar de tratamiento puede no obstante mantenerse en el antiguo estándar, pues no pertenece al papel de médico de cabecera un conocimiento especial de investigador."

[71] Acerca del problema del "conocimiento especial e imputación objetiva" Jakobs, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 271 ss. (especialmente pp. 283 ss.), quien niega la imputación objetiva en casos de conocimiento especial cuando "alguien asume una parte limitada de la organización de otro mientras el otro sigue siendo él mismo competente del contexto en el que se halla esa parte" (pp. 284 s.).

[72] Burgstaller, 1974, 57.

un médico desarrolla un método mejorado de operación que "sólo es dominado por unos pocos cirujanos", Schünemann propugna elevar sin más las destrezas de esos escasos cirujanos de primerísima calidad a baremo objetivo para todos [73] y amplía demasiado las exigencias que se ponen al cirujano normal representativo [74]. Pero ¿qué sucede si el mencionado cirujano es el único en el mundo que domina el nuevo método? Si entonces se determina según él el baremo objetivo o se construye para él un sector propio del tráfico de "maestro mundial de la cirugía", se desemboca por completo a efectos prácticos en la "individualización hacia arriba". Uno debería declararse sin ambages partidario de ella, porque de todos modos no existe un límite para la construcción de sectores del tráfico cada vez más específicos, graduados según las capacidades individuales de los intervinientes.

57 Los argumentos que se aducen en contra de una individualización en caso de capacidades especiales son por lo demás débiles. La objeción de que tampoco se podría exigir siempre rendimientos de primerísima calidad al especialmente capacitado no es acertada, porque al especialmente hábil se le exige sólo su capacidad de rendimiento superior **en promedio** y no un esfuerzo adicional. Es cierto que las capacidades especiales existentes con frecuencia no son demostrables; pero en tal caso tampoco pueden tomarse como base.

58 Finalmente, el que se emplee un baremo general en caso de capacidades inferiores a la media y en cambio uno individual en el caso de las superiores tampoco supone un cambio arbitrario de manera de ver las cosas. La razón que Samson [75] echa en falta de "por qué sólo la capacitación del sujeto superior a la media y no también la inferior debe determinar el cuidado debido" se halla en lo expuesto *supra* (nm. 51-53): de los argumentos que apoyan la existencia de tipicidad cuando no se llega al estándar objetivo mínimo, ninguno se puede trasladar al terreno de las capacidades superiores a la media. Lo que aquí se ha de hacer valer en favor de una individualización (nm. 54-57) no tiene por otro lado correspondencia alguna en los casos de rendimiento deficiente. Se trata de problemas radicalmente distintos.

VI. Imprudencia inconsciente y consciente

59

Se distinguen dos clases de imprudencia: la inconsciente y la consciente. El P 1962 había querido caracterizar esta diferencia de modo que quien actúa con imprudencia inconsciente "no advierte la realización de un tipo", a consecuencia de su falta de observancia del cuidado debido (§ 18 I), mientras que

[73] Schünemann, Schaffstein-FS, 1975, 166.
[74] SK[5]-Samson, apénd. al § 16, nm. 14 b.
[75] SK[5]-Samson, apénd. al § 16, nm. 14 b.

el sujeto que obra con imprudencia consciente "considera posible que realice el tipo legal", pero no obstante "actúa en la confianza de que no lo realizará" (§ 18 II) [76]. El intento de definir la imprudencia consciente debe diferenciarla tanto del *dolus eventualis* como de la imprudencia inconsciente.

A este respecto posee relevancia práctica sobre todo la delimitación frente **60**
al dolo eventual, pues la realización del tipo con imprudencia consciente o no es en absoluto punible o lo es en mucha menor medida que la dolosa. Las cuestiones relacionadas con ello ya han sido tratadas en profundidad en esta exposición (§ 12, nm. 21 ss.). La concepción desarrollada *supra,* de que el dolo eventual se presenta como decisión por la posible lesión del bien jurídico, mientras que el sujeto que actúa con imprudencia consciente confía en la no producción del resultado, pese a crear un peligro no permitido, se podría compatibilizar plenamente con la formulación del P 1962, que no se introdujo en la ley. La misma parte de la base de que entre el dolo eventual y la imprudencia consciente existe una diferencia de injusto y culpabilidad que justifica la diferencia de punibilidad (§ 12, nm. 22 ss.) y supone por tanto una negación de todas las concepciones que asimilan la imprudencia consciente al dolo eventual (§ 12, nm. 38 ss.) o propugnan reunir a ambos *de lege ferenda* en una "tercera forma de culpabilidad" al estilo de la *"recklessness"* angloamericana (§ 12, nm. 63). No se reproducen aquí otra vez estas cuestiones.

La distinción entre imprudencia consciente e inconsciente no posee en cam- **61**
bio gran relevancia, pues el legislador nunca vincula a ella diferentes consecuencias jurídicas. Sin embargo la imprudencia consciente resulta, *ceteris paribus,* más merecedora de pena que la inconsciente, de modo que la diferencia repercutirá en la medición de la pena. Es verdad que se señala siempre que no existe una verdadera "relación gradual" según el contenido de culpabilidad [77], porque "la falta de atención conducente a la no previsión de la posibilidad del daño" podría "pesar ya más que la confianza en la no producción del resultado" [78]. Pero únicamente puede darse el caso de un mayor contenido de culpabilidad de la imprudencia inconsciente cuando se compara una grave falta de atención con un caso en el que la confianza en la no producción del resultado estaba poco menos que justificada. Si por el contrario se toma por base el mismo grado de creación de riesgo no permitido, la imprudencia consciente resulta más merecedora de pena que la inconsciente, porque la representación de una posible realización del tipo proporciona al sujeto un motivo en contra de la misma sustancialmente más fuerte que los indicios que se daban al sujeto para advertir el peligro procedente de él en la imprudencia inconsciente.

---

[76] Similar la jurispr.: RGSt 56, 343 (349); 58, 130 (134); 67, 12 (18).
[77] Jescheck, AT[4], § 54 II 1.
[78] LK[10]-Schroeder, § 16, nm. 121.

62 Un sector doctrinal niega absolutamente a la imprudencia inconsciente el carácter de conducta culpable, lo cual consecuentemente debería conducir a reclamar su impunidad. "No se puede achacar el haberse decidido de manera equivocada al sujeto que ni siquiera ha sido consciente de que se debería haber decidido de manera distinta a como lo hizo" [79]. "La puesta en peligro del bien jurídico no entra en absoluto en el terreno de la conciencia y por tanto tampoco puede ser abarcado por la voluntad" [80]. Pero la culpabilidad en el Derecho penal no se refiere sólo a lesiones y puestas en peligro conscientes de bienes jurídicos. Cuando alguien conoce circunstancias fundamentadoras de peligro, la culpabilidad imprudente radica en el simple hecho de no haber extraído la consecuencia de una posible lesión de bienes jurídicos. Si p.ej. alguien deja andar sueltos a unos perros fieros y no adiestrados que a consecuencia de ello atacan a un niño y lo matan (OLG Stuttgart NJW 1976, 1852), no modifica en nada la imprudencia el que el mismo no haya considerado (pensado en) esta consecuencia. Basta incluso la mera cognoscibilidad o advertibilidad de las circunstancias fundamentadoras del peligro. La apreciación de que no estaría en poder de nadie el considerar las circunstancias que a uno no se le pasan por la cabeza es errónea. Toda nuestra vida social se basa en que al ser humano le es posible examinar y mantener bajo control los peligros procedentes de él; si fuera de otro modo, entonces p.ej. el tráfico automovilístico comportaría riesgos insoportables y debería ser suprimido.

63 No es del todo pacífica la cuestión de si cualquier representación de una posibilidad de realización del tipo, por pequeña que sea esta última, es ya suficiente para la imprudencia consciente. La op. dom., que se expresa en la definición del P 1962, lo admite, mientras que Jescheck [81] parte de la base de que quien actúa con imprudencia consciente advierte "la concurrencia del peligro concreto para el objeto de la acción protegido"; naturalmente, un peligro concreto es muchísimo más que una mera posibilidad. La solución correcta es una solución intermedia que se oriente conforme a las ideas básicas de la teoría de la imputación. Según ella, el sujeto ha de representarse una posibilidad cualificada, es decir, un peligro que sea jurídicamente relevante y que rebase el riesgo permitido. El futbolista que piensa en la posibilidad de que sus disparos a puerta pasen de largo y eventualmente lesionen a un espectador no actúa con imprudencia consciente (ni inconsciente) si efectivamente se produce ese resultado, sino que su conducta es atípica. Por otro lado, no es preciso en modo alguno que el sujeto se haya representado un peligro concreto (o sea, una probabilidad ya bastante alta). Si la imprudencia inconsciente sólo presupone una creación de riesgo no permitido, no puede ser

---

[79] Bockelmann, 1967, 213.
[80] Arth. Kaufmann, ^{2}1974, 156.
[81] Jescheck, AT^{4}, § 54 II 1.

distinto en la consciente [82]. La estructura de la conducta imprudente es la misma en la imprudencia consciente y en la inconsciente; a ello obedece la relativamente pequeña relevancia de la distinción. Sin embargo, por grande que sea el peligro, sólo concurre una imprudencia consciente si el sujeto se ha representado al menos la posibilidad de una lesión típica de bienes jurídicos; no basta con que hubiera debido ser consciente de esta posibilidad (OLG Stuttgart NJW 1976, 1852).

A menudo una conducta se realiza tanto con imprudencia consciente como inconsciente. Si p.ej. alguien confía en la no producción de un resultado cuya probabilidad estima en el 10 %, cuando en realidad ésta asciende al 25 %, el mismo actúa ya con imprudencia consciente; pero en la cognoscibilidad o advertibilidad del grado de peligro sustancialmente más alto radica además una imprudencia inconsciente adicional. 64

Un antiguo punto de discusión lo constituye la cuestión de si la imprudencia consciente es necesariamente idéntica al dolo de peligro [83]. Tal identidad en todo caso no existe cuando, como sucede en los delitos de peligro concreto, se exige el dolo de un peligro próximo; pues para la imprudencia consciente basta ya la representación de un peligro muchísimo menor. En tales casos el sujeto puede confiar negligentemente sin más en que no se producirá ni una lesión ni una puesta en peligro concreto. Cuando en cambio se considera ya suficiente para el dolo de peligro la representación de un peligro que supere el riesgo permitido, la imprudencia consciente y el dolo de peligro se igualan en el terreno intelectual; pero también aquí es de todos modos concebible que el sujeto confíe descuidadamente en que sin embargo no se dé el peligro advertido por él como posible; entonces el mismo actúa sólo con imprudencia consciente tanto respecto de la lesión como de la puesta en peligro. 65

VII. Tipo objetivo y subjetivo del delito imprudente

Una cuestión dudosa y poco tratada es la de si y cómo se puede distinguir un tipo objetivo y uno subjetivo en el delito imprudente. Stratenwerth [84], si bien cree advertir también en el delito imprudente "una faceta externa y una interna", se pronuncia sin embargo en contra de una división "en tipo objetivo y subjetivo", porque la voluntad de realización del sujeto imprudente no se dirigiría al resultado jurídicopenalmente relevante. Pero con ello se reduce 66

---

[82] De acuerdo LK[10]-Schroeder, § 16, nm. 118.

[83] A favor de ello, entre otros, Engisch, 1930, 401 ss.; en contra LK[10]-Schroeder, § 16, nm. 120; Jescheck, AT[4], § 54 II 1. Naturalmente la respuesta estará tb. determinada de manera sustancial por la concepción que se defienda acerca de la delimitación entre dolo e imprudencia. Küpper, ZStW 100 (1988), 758 ss., ofrece una discusión crítica diferenciadora.

[84] Stratenwerth, AT[3], nm. 1086.

unilateralmente el concepto de tipo subjetivo al dolo. Lo adecuado es reconocer en la imprudencia consciente un tipo subjetivo, que consiste en la representación de todas las circunstancias del hecho como un peligro no permitido y en la confianza en la ausencia de realización del tipo. Pues esto es lo que se corresponde con el dolo en el *dolus eventualis* y explica tanto la estrecha contigüidad como la diferencia de ambas formas de tipo subjetivo.

67 En cambio, en la imprudencia inconsciente falta el tipo subjetivo, porque precisamente el sujeto no ha incluido en su representación los elementos y presupuestos del tipo objetivo. Struensee [85] es de otra opinión. Para él el tipo subjetivo del delito imprudente consiste en "que el que actúa conoce una porción típicamente relevante de las condiciones del resultado producido de la cual surge según la valoración del ordenamiento jurídico un peligro intolerable ('riesgo no permitido')". Quien p.ej. atraviesa en rojo el cruce con el coche o adelanta en una curva sin visibilidad realiza conscientemente circunstancias con relevancia en cuanto al riesgo y actúa precisamente por ello de manera imprudente. De este modo, para Struensee [86] la "finalidad jurídicamente desaprobada" constituye "también el injusto del delito imprudente. Por tanto el injusto doloso y el imprudente muestran una estructura homogénea." Según esta concepción, la voluntad de realización final del autor imprudente no ha de referirse más que a tipos no escritos de riesgo. En la imprudencia —también en la inconsciente— hay un tipo subjetivo, cuyo objeto sin embargo no son las circunstancias del hecho, sino los factores de riesgo.

68 A lo anterior se oponen dos argumentos [87]. En primer lugar, según esta concepción la falta de imprudencia habría de deberse siempre al desconocimiento de factores de riesgo, o sea, ser un caso de error. Sin embargo, no es así. Quien actúa dentro de los límites del riesgo permitido resulta exento de responsabilidad penal no por ningún desconocimiento, sino únicamente porque no ha creado ningún peligro jurídicamente desaprobado. Y, en segundo lugar, la imprudencia se debe a menudo efectivamente, pero en ningún modo necesariamente, al conocimiento de factores fundamentadores de riesgo. Cuando un conductor presta tan poca atención que ni siquiera se da cuenta del semáforo en rojo o de la curva, se le ha de imputar como imprudentemente producido el daño ocasionado, pese a que precisamente no ha realizado conscientemente las circunstancias con relevancia en cuanto al riesgo. Lo propio rige para los casos de simple olvido.

---

[85] Struensee, JZ 1987, 53 ss. (60) [= ADPCP 1987, 423 ss. (443); N. del T.].

[86] Struensee, JZ 1987, 62 [= ADPCP 1987, 448; N. del T.].

[87] Cfr. más detenidamente Roxin, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 249 ss.; Herzberg, JZ 1987, 536 ss., con réplica de Struensee, JZ 1987, 541 ss. Sobre todo ello cfr. tb. Struensee, GA 1987, 97 ss. [= CPC 1991, 449 ss.; N. del T.].

Con ello no se está negando que lo que el sujeto ha sabido sea relevante 69 para fundamentar la imprudencia, de manera que por tanto la imputación objetiva se refiere en parte a factores psíquicos internos. Pero no se puede hacer de ahí un tipo subjetivo, porque estas circunstancias no son especificables en abstracto y porque el conocimiento de un elemento fundamentador de riesgo puede ser reemplazado siempre por el conocimiento de otro factor de peligro o incluso por el mero hecho de deberlo conocer.

VIII. Dolo, temeridad, imprudencia simple e imprudencia insignificante como grados de injusto y culpabilidad

1. Dolo e imprudencia

Con no poca frecuencia resulta poco claro si alguien ha actuado dolosa o 70 imprudentemente. Ello rige especialmente en el terreno fronterizo del *dolus eventualis* y la imprudencia consciente, pero afecta también a todas las demás formas de manifestación del dolo y la imprudencia. Así, puede ser dudoso si el sujeto ha jurado intencionadamente en falso o si sólo ha prestado un juramento falso con imprudencia inconsciente (BGHSt 4, 340); cuando alguien produce un corte con la navaja que tiene en la mano a quien pretende saludarle con un apretón de manos, ello puede constituir unas lesiones con intención o propósito, con dolo eventual, con imprudencia consciente o incluso sólo con imprudencia inconsciente (BGHSt 17, 210).

Es opinión pacífica que debe tener lugar una absolución cuando junto a la 71 alternativa entre dolo o imprudencia se plantea también la posibilidad de actuación inculpable. Pero durante largo tiempo fue objeto de vivas diferencias de opinión la cuestión de cómo se ha de decidir cuando consta que el sujeto ha actuado o bien dolosa o bien imprudentemente. Junto a la tesis de que el principio *"in dubio pro reo"* obligaría a la absolución tanto del cargo (reproche) del hecho doloso como del imprudente, en unas ocasiones se defendió la admisibilidad de una apreciación alternativa de los hechos (BGHSt 4, 340) y en otras la hipótesis de que el tipo imprudente sería un "tipo de recogida", que abarcaría también los casos de actuación posiblemente dolosa (BGHSt 17, 210).

La op. absolutamente dom. parte hoy de la idea de que dolo e imprudencia 72 se hallan en una "relación gradual", de modo que en caso de situación probatoria poco clara se puede condenar por imprudencia conforme al principio *"in dubio pro reo"*. A este respecto la mayoría de los autores rechaza sin embargo una "relación gradual lógico-conceptual"; no se sostiene por tanto que en toda acción dolosa haya por necesidad conceptual un hecho imprudente, de la misma manera que v.gr. un hurto con armas (§ 244) comprende

en sí todos los presupuestos del hurto simple, sino que se conviene mayoritariamente en que dolo e imprudencia se excluyen conceptualmente uno a otro: quien se resigna a la producción del resultado *(dolus eventualis)* no ha confiado simultáneamente en su no producción (imprudencia consciente); a quien persigue la realización de las circunstancias del hecho (intención o propósito) no puede haberle quedado oculta la posibilidad de tal consecuencia (imprudencia inconsciente). Pero ello no modifica en nada la posibilidad de apreciar una "relación gradual normativa" entre dolo e imprudencia, es decir, de atribuir al dolo una mayor magnitud de injusto y culpabilidad que a la imprudencia respecto de la misma lesión de bienes jurídicos.

73 No se trata entonces, como en el caso de la relación gradual lógica, de conceptos clasificatorios y su relación entre sí, sino de una valoración comparativa de la que resulta que la desaprobación social de una conducta aumenta con la medida de la participación interna en la producción del resultado. Esta participación interna es mayor en la conducta dolosa que en la imprudente, de modo que, en la duda, la forma más débil de imputación puede servir de base a la sentencia [88]. También el BGH admite ahora (BGHSt 32, 48, 57) que la imprudencia se halla en relación "de más débil a más fuerte" respecto del dolo y que también en tales "relaciones graduales ético-normativas" puede aplicarse el principio *"in dubio pro reo"*.

2. Temeridad

74 Si por consiguiente se puede establecer incluso entre el dolo y la imprudencia una relación gradual, está claro que también dentro de la imprudencia se pueden distinguir formas más fuertes y más débiles. El legislador ha hecho uso de esa posibilidad, al no hacer en numerosos casos presupuesto de la punibilidad la mera imprudencia simple, sino sólo una forma cualificada, la temeridad. La temeridad aparece a veces en el tipo básico (p.ej. en los §§ 97 II, 138 III, 109 g IV, 264 III, 345 II; además en los §§ 21, 41 III WStG, 378-381 AO). Aún más llamativo resulta el frecuente empleo de este elemento en cualificaciones por el resultado: §§ 176 IV, 177 III, 178 III, 239 a II, 239 b II, 251, 283 IV n.º 2, 283 V n.º 2, 316 c II. Finalmente, la temeridad sirve también como ejemplo-regla para casos especialmente graves: §§ 310 b III 2; 311 III; 311 a III 2.

75 Sin embargo, está poco claro cuándo hay que apreciar en concreto una temeridad. El P 1962 había aventurado una definición del concepto (§ 18 III): "Actúa temerariamente quien actúa de modo gravemente [literalmente: bur-

---

[88] En este sentido Mylonopoulos, ZStW 99 (1987), 685 ss., 716 s. De importancia además Wolter, 1987, 64 ss.; Otto, Peters-FS, 1974, 373 ss. A favor de una relación gradual normativa tb. p.ej. SK[6]-Rudolphi, apénd. al § 55, nm. 20 ss.; Sch/Sch/Eser[24], § 1, nm. 91; Jescheck, AT[4], § 16 II 2; Baumann/Weber, AT[9], § 14 II 2.

damente] imprudente." Por eso también hoy en la literatura científica se caracteriza en general a la temeridad como "imprudencia grave [literalmente: burda]" [89]. Pero con ello no se logra gran cosa, pues el concepto jurídicocivil de imprudencia grave resulta poco fructífero para el Derecho penal: en primer lugar, tampoco ha adquirido contornos claros en el Derecho civil [90]; y, en segundo lugar, tampoco es trasladable, porque el Derecho penal debe tener en cuenta la incapacidad personal (al menos en la culpabilidad) en mucho mayor medida que el Derecho civil [91].

Está claro que se trata de una "imprudencia sustancialmente elevada" [92]. 76
En particular, estimaba el Proyecto, "la jurisprudencia habrá de determinar cuándo se ha de considerar grave una imprudencia. Ello puede suceder cuando el sujeto, por grave descuido, no advierte que realiza el tipo, pero también cuando el mismo, con una frívola falta de consideración, no tiene en cuenta la posibilidad claramente advertida de realización del tipo. Sucede también cuando el sujeto infringe un deber que se ha de tomar especialmente en serio."

La jurisprudencia ha decidido por el momento la cuestión de si concurre 77
una imprudencia grave caso por caso y ha renunciado a una descripción abstracta más detallada [93]. En relación con un delito cualificado por el resultado (causación temeraria de muerte por suministro de estupefacientes, § 30 I n.º 3 BtMG) se dice [94]: "Actúa temerariamente... quien por especial negligencia o ligereza o por especial indiferencia hace caso omiso de la posibilidad que le salta a la vista de un desenlace mortal." La idea del saltar a la vista una posible realización del tipo se encuentra también en otras ocasiones [95].

También son escasos los pronunciamientos concretos en la doctrina cien- 78
tífica [96]. Maurach [97] veía en la temeridad una "forma de culpabilidad" y subrayaba su "estrecho parentesco" con el concepto de "falta de consideración" del § 315 c [puesta en peligro de la circulación]; ésta concurriría cuando el sujeto pusiera "en peligro agudo de muerte a personas... de manera descarada por móviles egoístas". También Maiwald [98] sitúa la temeridad en las proximidades

[89] Cfr. simplemente Jescheck, AT[4], § 54 II 2; Sch/Sch/Cramer[24], § 15, nm. 106, 205.
[90] Monografía de síntesis E. Bockelmann, 1973: "En la doctrina y la jurisprudencia no se encuentra por ninguna parte una concepción convincente" (p. 1).
[91] La Fundamentación del P 1962, BT-Drucks. IV/650, 132, previene efectivamente contra una "confusión con el concepto jurídicocivil de imprudencia grave".
[92] Aquí y en lo que sigue BT-Drucks. IV/650, 132.
[93] Cfr. BGHSt 14, 241 (255); 20, 315 (324).
[94] BGHSt 33, 66 (67).
[95] OLG Bremen StrV 1985, 282, en relación con el § 378 AO (delito fiscal cometido por temeridad). Similar tb. BGHZ 17, 191 (199), acerca de la imprudencia grave: "Esta se da cuando se omitió el empleo de la más simple y totalmente evidente consideración y cuando no se tuvo en cuenta aquello que debía saltar a la vista a cualquiera."
[96] Wegscheider, ZStW 98 (1986), 627 ss., ofrece una buena panorámica.
[97] Maurach, Heinitz-FS, 1972, 414, 417.
[98] Maiwald, GA 1974, 262, 269.

de elementos de actitud interna como "(de modo) cruel", "brutal" y "desconsiderado". Ello le conduce al curioso resultado de que cuando se persigue una finalidad antijurídica, como la que se puede constatar en los delitos cualificados por el resultado, toda previsibilidad y por tanto toda imprudencia fundamentaría ya temeridad: "La persecución de fines antijurídicos —p.ej. robo, agresión sexual, toma de rehenes, piratería aérea— hace... aparecer... todo riesgo previsible para la víctima como la... frívola falta de consideración mediante la cual se caracteriza la temeridad."

79 Otros autores ubican elementos conceptuales esenciales de la temeridad en el lado del injusto. Tenckhoff [99] ve en la temeridad una imprudencia elevada en grado, una grave infracción del cuidado, que concurriría cuando el sujeto "descuida muy gravemente el empleo de sus facultades intelectuales o infringe una posición de deber elevada o intensificada que le atañe objetivamente, pero sobre todo en el caso de alta probabilidad de producción del daño"; no obstante, el reproche intensificado o elevado debería "poderse formular tomando por base también los conocimientos y capacidades personales". Volk [100] pretende "construir... grupos de casos de conducta peligrosa" para determinar la temeridad. Además, se deberían "cumplir los presupuestos de reprochabilidad subjetiva intensificada o elevada". Los mismos faltarían en caso de "fallo humano, conducta equivocada por pánico, turbación o alto grado de excitación". Finalmente, Wegscheider [101] exige la infracción "de un deber de cuidado especialmente importante... o de un gran número de deberes de cuidado menos significativos", así como una alta probabilidad de que se produzca el resultado; el sujeto debe haberse percatado o haber debido percatarse también subjetivamente de ello.

80 Lo correcto es considerar la temeridad como un elemento atinente al injusto y a la culpabilidad. A este respecto hay que otorgar la mayor importancia al injusto típico; ello justifica el tratamiento de la temeridad en el tipo. Pues, cuando el legislador hace depender la pena de una imprudencia cualificada, se corresponde mejor con un Derecho penal del hecho que atiende a la protección de bienes jurídicos referirse al aumento del injusto y no a la actitud interna del sujeto. En otras palabras: el predicado de la temeridad se ha de atribuir primariamente a una acción especialmente peligrosa y no a una actitud interna especialmente reprobable. Si el sujeto manifiesta una conducta altamente peligrosa, ello permite concluir una falta frívola de consideración (y por tanto una culpabilidad intensificada o agravada), cuando sus conocimientos y capacidades se corresponden con los de una "figura-baremo diferenciada". Pero ello simplemente confirma la idea general de que un injusto

[99] Tenckhoff, ZStW 88 (1976), 897 ss. (911).
[100] Volk, GA 1976, 178/79.
[101] Wegscheider, ZStW 98 (1986), 653.

mayor comporta también, en el caso del sujeto normalmente capacitado, una mayor culpabilidad. Si el sujeto sólo ha creado un peligro pequeño, la temeridad no se puede fundamentar en un grado "trascendente" de actitud interna censurable, como sucede en la concepción defendida por Maiwald para los delitos cualificados por el resultado.

Por otro lado, las circunstancias atenuantes de la culpabilidad pueden ex- 81 cluir sin embargo la temeridad aun cuando el sujeto haya creado un peligro muy notable. Ello rige para una capacidad de rendimiento inferior a la media, cuando ésta no conduce a la exclusión de la culpabilidad, sino sólo a una notable dificultad para observar la norma. El necio o el que padece otra discapacidad queda libre (salvo que exista una especial provocación culpable por emprendimiento o asunción) del reproche de la temeridad que alcanzaría *ceteris paribus* a la "persona normal". Asimismo, las circunstancias relacionadas con la situación que disminuyen la culpabilidad, que sean relevantes conforme al § 21 (estados pasionales intensos; turbación, miedo, pánico), pueden excluir la temeridad indicada por la peligrosidad de la conducta del sujeto.

A la que más cercana está tal solución es a la concepción bosquejada en la 82 doctrina por Volk (nm. 79). Si se quiere concretar más el concepto de "acción especialmente peligrosa" que define la temeridad desde la faceta del injusto, no se pueden mencionar grados determinados de incremento (del peligro) porcentualmente especificables, sino que se ha de recurrir a las ideas que ya se han ido obteniendo en el concepto de la imprudencia simple. Puesto que no se puede determinar unitariamente lo que es un peligro jurídicamente relevante, sino que depende de la valoración social de la conducta generadora de riesgo y del valor del bien jurídico amenazado (nm. 37 s.), también cobran importancia estos criterios en el juicio sobre la temeridad. Una creación de peligro que debe ser considerada temeraria v.gr. en una carrera insensata no lo es aún —a pesar de que existe el mismo riesgo— si se trata del viaje de una ambulancia urgentemente requerida. De ello se deriva para los delitos cualificados por el resultado —y en esta medida se le ha de dar relativamente la razón a la concepción de Maiwald (nm. 78, 80)— que en ellos, en virtud de la finalidad delictiva del sujeto, si bien no se ha de apreciar temeridad en toda imprudencia, sí sin embargo cuando existan grados relativamente pequeños de incremento (del peligro). Lo propio rige respecto del valor del bien jurídico puesto en peligro: cuando estén amenazadas vidas humanas se ha de afirmar antes la temeridad que cuando se trate de bienes patrimoniales limitados.

Dado que las capacidades especiales son relevantes para la imprudencia 83 simple (nm. 54 ss.), deben tener influencia también en el juicio sobre la temeridad. Una desatención que se le puede achacar como temeridad a una persona con una cualificación muy superior a la media, puede seguir considerándose imprudencia simple en un sujeto con capacidades normales. Asi-

mismo debe repercutir en la temeridad el mayor merecimiento de pena *ceteris paribus* de la imprudencia consciente (nm. 61). Cuando el sujeto actúa con imprudencia consciente, se deberá por tanto enjuiciar ya como temerario un aumento del peligro que rebase de manera no insignificante el riesgo permitido, mientras que, en el caso de un sujeto que actúa con imprudencia inconsciente, la puesta en peligro provocada por el mismo —con las variaciones que resulten de las demás circunstancias que haya que tener además en cuenta— debe ser tan grande que la posibilidad de realización del tipo salte directamente a la vista.

84 En cambio, el criterio de la infracción de un deber que hay que tomarse especialmente en serio posee tan poca relevancia autónoma como el deber de cuidado en la fundamentación de la imprudencia simple (nm. 10 ss.). Con el mismo sólo se puede querer hacer referencia o bien a la puesta en peligro no permitido de un bien jurídico de especial importancia (como la vida) o bien al grado especialmente elevado del peligro creado (a cuyo efecto también se pueden acumular varios peligros pequeños para formar un peligro grande). Se trata de criterios relevantes, pero los mismos no agotan la problemática de la temeridad ni precisan revestirse de la terminología de la infracción del deber.

3. Imprudencia insignificante

85 Una antigua exigencia políticocriminal consiste en eximir de pena criminal a la conducta insignificantemente (levísimamente) imprudente [102]. Pues, aunque las pequeñas faltas de atención contempladas aisladamente fundamenten un injusto culpable, su existencia ocasional —a la vista de toda la conducción de la vida— no siempre es evitable ni siquiera para una persona concienzuda o escrupulosa. Pero entonces no resulta adecuada una pena criminal, porque una culpabilidad que alcanza a cualquiera no puede ser combatida eficazmente mediante ella; basta con la compensación jurídicocivil de las consecuencias del daño.

86 La constatación de la imprudencia insignificante o levísima tiene lugar sustancialmente aplicando los baremos desarrollados para la temeridad en el sentido inverso. La creación de un peligro que rebase sólo por poco el límite de la relevancia fundamenta por tanto un peligro insignificante en las actividades socialmente reconocidas, pero no en los modos de conducta dignos de desaprobación social o incluso en los delitos cualificados por el resultado.

[102] En este sentido el § 16 II PA; asimismo Burgstaller, 1974, 201; Stratenwerth, AT[3], nm. 1137 ss.; Arzt, Schröder-GS, 1978, 130. Bockelmann, 1967, 216 ss., y Volk, GA 1976, 177 ss., consideran incluso que sólo es punible la temeridad. Consideran "sujeta a reparos desde un punto de vista de política jurídica" toda restricción Dreher/Tröndle[46], § 15, nm. 21. Acerca de las restricciones a la punibilidad de las lesiones imprudentes cfr. Zipf, F.-W. Krause-FS, 1990, 437.

También una imprudencia cuya medida objetiva no carece del todo de importancia puede disminuir hasta la insignificancia por existir notables causas de atenuación de la pena para el sujeto. Se puede tener en cuenta ya en el Derecho vigente, aun sin regulación legal expresa, la exigencia de eximir de pena a la actuación insignificantemente imprudente, encuadrando estos casos en la causa de exculpación de la inexigibilidad (más detenidamente nm. 115 ss.).

IX. Delito imprudente y *nullum crimen sine lege*

En la ley no se puntualiza qué conducta es imprudente. A este respecto, se **87** subraya con frecuencia que el tipo del delito imprudente sería abierto y habría de colmarse o al menos completarse mediante valoraciones judiciales [103]. Ello plantea la cuestión de la compatibilidad del castigo de la imprudencia con el principio de determinación o precisión de la ley. Dicha compatibilidad puede resultar dudosa si se parte de la idea de que sólo el juez en el caso concreto determina los requisitos de conducta que se han de establecer [104]. Si la imprudencia se entiende, como resulta lógico desde una perspectiva finalista [105], como la lesión "dolosa" de tipos de riesgo, o sea, v.gr. como el adelantar incorrectamente, como la inobservancia consciente de la prioridad de paso, como el saltarse el semáforo en rojo, etc., se llega entonces a un número enorme de descripciones de delitos no fijadas legalmente, cuyo carácter no cerrado y cuya falta de determinabilidad abstracta pueden suscitar serias dudas sobre la determinación o precisión legal de los delitos imprudentes. Desde otra perspectiva se puede señalar [106] que el tipo objetivo del delito imprudente sería exactamente el mismo que el del correspondiente delito doloso (en el que sólo se añadiría el tipo subjetivo). En una visión así resulta lógica la conclusión de que en relación con la determinación de la ley no existe diferencia alguna entre delitos dolosos e imprudentes, y los reparos jurídicoconstitucionales estarían por tanto infundados.

Un enjuiciamiento ponderado lleva a la conclusión de que si bien los delitos **88** imprudentes van a la zaga de los dolosos en cuanto a determinación, los mismos cumplen sin embargo plenamente aún las exigencias constitucionales. Efectivamente no existe diferencia alguna entre los delitos imprudentes y los dolosos en cuanto que las reglas de la imputación objetiva por las que se

---

[103] Cfr. v.gr. Welzel, StrafR[11], 131 [= PG, 1987, 187; N. del T.]; Jescheck, AT[4], § 54 I 3.

[104] Cfr. al respecto Bockelmann, 1967, 208 ss. Donatsch, 1987, 70 ss., considera que los delitos imprudentes de resultado se hallan "en el límite de lo admisible respecto del mandato de determinación" (p. 91).

[105] Cfr. al respecto v.gr. Struensee, JZ 1987, 53 ss. [= ADPCP 1987, 423 ss.; N. del T.]; idem, JZ 1987, 541 ss.; idem, GA 1987, 97 ss. [= CPC 1991, 449 ss.; N. del T.]; Schöne, H. Kaufmann-GS, 1986, 649 ss.

[106] Más detenidamente Bohnert, ZStW 94 (1982), 68 ss.

determina la imprudencia rigen igualmente para los delitos dolosos; un "dolo" que se mantenga en el marco del riesgo permitido es igual de poco imputable que la correspondiente conducta no dolosa. Sin embargo, una diferencia en cuanto a determinación o precisión se deriva del hecho de que el sujeto que actúa con dolo la mayoría de las veces subsume por sí mismo su conducta correctamente y crea peligros cuyo carácter claramente no permitido es fácil advertir y que también el sujeto advierte en el caso normal. En cambio, la conducta imprudente se mueve con mucha mayor frecuencia, porque carece de finalidad delictiva, en el límite de lo imputable; la cuestión a menudo incierta de qué se halla aún dentro del ámbito de protección de la norma y qué un poco más allá del riesgo permitido se plantea aquí con mucha mayor frecuencia.

89 No obstante, con ello no se pone en cuestión la suficiente determinación o precisión legal, pues los tipos imprudentes no exigen del ciudadano el conocimiento inalcanzable de innumerables "tipos de riesgo" no escritos, sino sólo una evaluación del peligro que se corresponda con las valoraciones legales; pero ésta es por regla general plenamente posible para el individuo y al mismo se le facilita además mediante normas jurídicas (nm. 15 ss.), normas del tráfico (nm. 18 ss.), el principio de confianza (nm. 21 ss.), estándares profesionales, e instrucciones de administración, manejo y uso (nm. 33). Por tanto, un profano podrá juzgar la mayoría de las veces con mayor competencia sobre la cuestión de si una conducta es imprudente que v.gr. sobre los límites de la legítima defensa o del *dolus eventualis* [107].

90 No obstante, seguirán quedando muchos casos en que para el sujeto sea del todo o casi imposible advertir que se comporta de modo peligroso e imprudente; sea porque le faltan experiencias, conocimientos o capacidades, o sea porque su conducta sólo rebasa de manera insignificante el límite del riesgo jurídicamente tolerado. Pero precisamente en esos casos la culpabilidad o la responsabilidad del sujeto pueden resultar excluidas no sólo por el error de prohibición invencible (nm. 103 ss.), sino también por incapacidad subjetiva (nm. 107 ss.) o por inexigibilidad (nm. 115 ss.). Por tanto, en la medida en que la determinación o precisión típica es menor en el delito imprudente que en el doloso, ello se compensa de modo suficiente mediante la ampliación de las posibilidades de exculpación.

[107] Jescheck, AT[4], § 54 I 3, opina que el ciudadano se puede "informar más fácilmente en el fondo... sobre sus deberes de diligencia... que sobre el contenido de las leyes".

B. La antijuridicidad

I. La problemática básica

El que también en el hecho imprudente puedan aplicarse causas de justificación no resulta evidente. En muchas causas de justificación, sobre todo en el ejercicio de derechos estatales de coacción (como la detención preventiva o provisional o el arresto), resulta difícil imaginar qué realizaciones típicas imprudentes podrían ser justificadas por ellas. En otros casos, como cuando se hace frente a situaciones de necesidad, resulta lógico excluir ya el tipo con ayuda del riesgo permitido en caso de consecuencias provocadas sin dolo, pues la medida del riesgo permitido en caso de conducta socialmente aprobada es mayor que en los demás casos (cfr. nm. 37). También se puede hacer valer a favor de renunciar a las causas de justificación el que el tipo y la antijuridicidad se confunden entre sí más en los delitos imprudentes que en los dolosos; pues los tipos imprudentes son "abiertos" (nm. 87) y deben colmarse primero mediante consideraciones generales de imputación que no son posibles sin tener en cuenta la situación concreta y que dificultan la formación de un tipo (o figura) abstracto de delito, que dé cabida a causas de justificación [108]. 91

Pese a todo, se ha de reconocer la posibilidad de justificación también en los hechos imprudentes. Al menos la legítima defensa (§ 32), el estado de necesidad (§§ 34 StGB, 228 y 904 BGB) y el consentimiento presunto desempeñan también un papel en los delitos imprudentes. La razón estriba en que la impunidad de una realización típica no dolosa sólo se puede explicar en algunos casos bajo el presupuesto de una situación de justificación y por tanto no se puede interpretar como exclusión del tipo. 92

II. La legítima defensa

Donde mejor se puede ilustrar lo anterior es en la legítima defensa, que puede justificar acciones imprudentes de dos maneras. En primer lugar también "una consecuencia no querida" de una medida defensiva está amparada por legítima defensa si dicha consecuencia "pertenece a los riesgos típicos de la clase de defensa legítimamente elegida" (BGH NStZ 1988, 408 s.), o sea, si se trata de consecuencias que "surgen de la carga de peligros del medio defensivo" (BGHSt 27, 314). Cuando el sujeto "podía utilizar una pistola cargada como arma para golpear" en una situación de legítima defensa, las graves lesiones que se causan al agresor por una bala que se dispara involuntariamente al dar el golpe están por consiguiente justificadas por legítima defensa 93

[108] Contra la posibilidad de causas especiales de justificación por ello tb. Donatsch, 1987, 76 ss.

(BGHSt 27, 313). Cuando alguien en defensa legítima golpea a otro con el puño en el brazo izquierdo y alcanza sin intención también la barbilla y provoca una conmoción cerebral, al mismo no se le puede castigar por delito imprudente a causa de esas consecuencias (BGH NStZ 1988, 408). En tales casos la consecuencia producida sin dolo es típica precisamente porque representaba desde un principio un riesgo típico; sin la acción de legítima defensa que las motiva, habría que apreciar unas lesiones imprudentes. Unicamente la circunstancia de que se trata de la consecuencia de una defensa amparada por el § 32 justifica a la vez que el golpe defensivo doloso también su consecuencia no dolosa.

94 La realización imprudente de un tipo resulta además justificada por legítima defensa según la jurispr. si la misma también podría haber sido llevada a cabo dolosamente en la situación dada. Por tanto, cuando alguien pretende asustar a un agresor mediante un disparo de advertencia, pero le alcanza mortalmente por error, ese homicidio imprudente está pese a todo amparado por legítima defensa, si también un homicidio doloso del agresor mediante un disparo habría estado permitido conforme al § 32 (BGHSt 25, 229) [109]. También en tales constelaciones lo único que justifica una acción en sí imprudente es la situación de legítima defensa.

95 Se discute la cuestión de si la justificación en los casos de legítima defensa presupone una voluntad de defensa o al menos un conocimiento de la situación de legítima defensa. Naturalmente, no se puede exigir que la conciencia del sujeto se haya de extender a las consecuencias no queridas, pues entonces nunca sería aplicable una justificación en caso de imprudencia inconsciente [110]. Lo correcto es sin embargo que para la justificación se habrá de exigir —como en los hechos dolosos— que el sujeto se guíe por la representación de que procede a una acción defensiva necesaria en una situación de legítima defensa [111]. Ello no falta ni en los ejemplos mencionados *supra* (golpe con la pistola cargada, puñetazo en el brazo, disparo de advertencia) ni tampoco por lo demás en el caso normal.

96 Pero de todos modos son imaginables también supuestos de hecho en los que el sujeto que actúa imprudentemente efectúe algo objetivamente legítimo, sin conocer siquiera la situación de legítima defensa. "Así cuando al manejar descuidadamente un arma se escapa un disparo que hiere al agresor del que sin embargo nada sabía el sujeto" [112]; o cuando el sujeto que no sospecha nada

---

[109] Más ejemplos en Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 96.

[110] Como efectivamente había apreciado OLG Frankfurt NJW 1950, 119.

[111] Así tb. Jungclaussen en la monografía reciente más a fondo sobre el tema (1987, 175): "la voluntad de ejercer la causa de justificación que conlleva el conocimiento de la situación material justificante...".

[112] Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 99; un ejemplo similar en Bockelmann/Volk, AT[4], § 20 B III.

"evita en el último momento, atropellándolo por torpeza, la agresión de un atracador que utiliza la trampa del coche, habiendo simulado un accidente" [113]. En tales casos no se produce la justificación. Pero como la realización del tipo estaba objetivamente permitida, falta el desvalor del resultado. Resta sólo un desvalor de la acción, o sea, una tentativa imprudente, que por regla general no es punible. Se corresponde por tanto con la op. dom. y es además correcto en la consecuencia final el que normalmente no son precisos elementos subjetivos de justificación para la impunidad en el delito imprudente [114]. Sin embargo, a menudo no se subraya con suficiente claridad que esto rige sólo para la punibilidad, y no también para la justificación.

III. El estado de necesidad

De la misma forma, los hechos imprudentes pueden estar justificados también por estado de necesidad. Es verdad que el riesgo permitido excluyente del tipo en acciones que sirven a intereses legítimos es ya mayor que en los demás casos (nm. 37); pero cuando con fines salvadores se infringen prohibiciones de puestas en peligro abstractas con carácter de normas jurídicas, sólo puede plantearse la justificación. Por tanto, quien lleva al hospital a un accidentado cuya vida de lo contrario se perdería, conduciendo pese a haber consumido una cantidad considerable de alcohol (§ 315 c) y a consecuencia de su estado lesiona a otro interviniente en el tráfico, actúa imprudentemente; pero su conducta encuadrable en el § 230 [lesiones imprudentes] puede estar justificada conforme al § 34. Lo mismo sucede en el caso [115] en que a un ciclista repentinamente le viene de frente un coche por su mitad de la calzada amenazando con matarle y entonces lo esquiva subiéndose a la acera, pese a que existe el peligro notable y que además se realiza de arrollar y lesionar allí a un peatón. **97**

Tampoco rige nada distinto que en la legítima defensa en relación con el elemento subjetivo de justificación. El sujeto actúa por tanto justificadamente cuando conoce la situación de necesidad y la preponderancia sustancial de los intereses por él perseguidos, como sucede también en los ejemplos anteriores. Si le falta este conocimiento (p.ej. si el ciclista que va por la acera no se dio cuenta en absoluto del coche que le amenazaba), no tiene lugar la justificación, pero, por falta de desvalor del resultado, tampoco hay punibilidad. **98**

---

[113] Stratenwerth, AT[3], nm. 1121.

[114] Cfr. simplemente v.gr. Bockelmann/Volk, AT[4], § 20 B III; Burgstaller, 1974, 172 ss.; Jakobs, AT[2], 11/30 ss.; Jescheck, AT[4], § 56 I 3; Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 97 ss.; SK[5]-Samson, apénd. al § 16, nm. 32; Stratenwerth, AT[3], nm. 1118 ss. Haft, AT[5], 78, lo atribuye a que la imprudencia, a diferencia del dolo, tb. puede ser típica sin elemento subjetivo, por lo que, al contrario que en los delitos dolosos, no habrían de exigirse elementos subjetivos de justificación por razones de simetría.

[115] En Burgstaller, 1974, 156.

99 Ello rige también para los delitos imprudentes de actividad. Sin embargo, Jescheck [116] estima que en los mismos el sujeto, para no responder penalmente, debería "haber actuado con el fin de ejercer la facultad o autorización concedida por la causa de justificación". Por tanto, quien condujera desde una fiesta en que se ingiere gran cantidad de bebida al lugar de un accidente sin tener en cuenta su incapacidad para conducir (§ 316 II [delito imprudente de conducción en condiciones de incapacidad por embriaguez]), estaría justificado conforme al § 34, aun cuando preste socorro allí, sólo cuando haya pretendido esto último ya en el momento de emprender el viaje [117]. Ello es acertado en el resultado o consecuencia final [118], pero se debe sólo a que el viaje ya en el plano objetivo carece de efectos salvadores de ninguna clase en tanto que el conductor no haya tomado la decisión de prestar socorro con una acción ulterior. Si en cambio alguien conduce una ambulancia al hospital en las condiciones del § 316 II, el mismo no actúa justificadamente, pero no responde penalmente si así se salva una vida humana, pese a que no supiera que transportaba a un herido grave.

IV. Consentimiento presunto y consentimiento

100 Finalmente desempeña un cierto papel como causa de justificación de la conducta imprudente el consentimiento presunto. Ello rige sobre todo en relación con la actividad médica. El que existiendo una víctima inconsciente y gravemente herida de un accidente haya de practicarse una operación de urgencia en plena calle y con instrumental insuficiente no se corresponde con la *lex artis*, y los eventuales daños a la salud están causados imprudentemente. Pero como se ha de partir de la existencia de un consentimiento presunto de la víctima cuya vida sólo podía mantenerse mediante la operación (cfr. § 18, nm. 24 s.), existe una acción justificada.

101 En cambio, en contra de una extendida concepción, el consentimiento en las acciones imprudentes no es un problema de justificación. Ello se deriva, conforme a la concepción aquí defendida, del simple hecho de que el consentimiento no es una causa de justificación, sino de exclusión del tipo (más detenidamente, § 13, nm. 2 ss.). Además, prescindiendo de ello, sólo en escasos supuestos concurre consentimiento. Pues el consentimiento, según una opinión discutida, pero correcta, debería extenderse no meramente a la puesta en peligro procedente del sujeto que actúa imprudentemente, sino también al resultado sustancialmente cofundamentador del injusto; pero un consentimiento en el propio daño es demostrable sólo en escasas ocasiones (más detenidamente al respecto y acerca de la jurispr. vacilante entre el consentimiento y la disminución de las exigencias de cuidado § 11, nm. 98 ss.). En los casos en los que el sujeto únicamente ha "consentido" en una puesta en peligro, se trata del problema de la "puesta en peligro de un tercero aceptada por éste". Ya se ha expuesto (§ 11, nm. 98-103) cuándo la misma excluye la imputación al tipo objetivo desde el punto de vista del fin de protección de la norma. Aquí nos podemos remitir a ese lugar. Tampoco los pocos casos de verdadero consentimiento en un resultado lesivo imprudente encajan en el fin de protección de los tipos imprudentes y excluyen ya la imputación al tipo objetivo. Las infracciones de reglas del deporte que conducen a menoscabos o daños leves a menudo siguen estando incluso dentro del ámbito del riesgo permitido (nm. 20).

---

[116] Jescheck, AT[4], § 56 I 3.
[117] El ejemplo se basa en la resolución OLG Hamm VRS 20 (1961), 232.
[118] Cfr. tb. Sch/Sch/Lenckner[24], antes del § 32, nm. 98.

C. Culpabilidad y responsabilidad

I. Las causas generales de exclusión de la culpabilidad

En tanto se consideró a la imprudencia como forma de culpabilidad (nm. 3 ss.), no existía motivo para elaborar causas concretas de exclusión de la culpabilidad, pues con la culpabilidad desaparecía ya la imprudencia como tal. Sin embargo, una vez que la imprudencia se reconoce como problema de imputación típica, resulta que las causas generales de exclusión de la culpabilidad son también aplicables en el delito imprudente [119]. Así, evidentemente la inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad (§ 20) del sujeto excluye también la punición por delito imprudente. Si el estado de necesidad (§ 35) exculpa causaciones dolosas de daños, ello debe regir con mayor razón para los hechos imprudentes; en el exceso en la legítima defensa (§ 33), la superación imprudente de los límites de la legítima defensa es incluso más frecuente que el exceso doloso. 102

Sólo supone ciertas dificultades la aplicación de las reglas del error de prohibición (§ 17) a los delitos imprudentes [120]. Pues el error de prohibición presupone normalmente el dolo típico, cuya función de llamada de atención justifica la imposición de la pena correspondiente al dolo en caso de error de prohibición vencible; el dolo típico falta sin embargo necesariamente en los delitos imprudentes. 103

El problema se resuelve fácilmente en la imprudencia consciente, porque el sujeto de todos modos percibe la posibilidad de realización del tipo y podría extraer ya de ahí el motivo para comportarse conforme a la ley. Concurre un error de prohibición cuando el sujeto (sin *dolus eventualis*) advierte que sobrepasa la medida del riesgo permitido y que podría realizar el tipo, pero se cree erróneamente amparado por una causa de justificación. Tal caso se produce p.ej. cuando un médico que está en una fiesta en la que se bebe mucho es avisado para atender a una paciente no muy gravemente enferma, y se pone al volante en un estado de absoluta incapacidad para conducir, pese a que se da cuenta claramente de que se pueden producir por ello accidentes [121]. Si el mismo confía en su no producción y por lo demás se cree erróneamente justificado por estado de necesidad (§ 34), pero causa entonces a consecuencia 104

---

[119] En cambio Haft, AT[5], 165, propugna no atribuir una significación autónoma a las causas de exculpación, puesto que la inexigibilidad abarcaría todos los casos de exculpación. Sin embargo, no se debería dejar las causas generales de exculpación a merced de la necesaria falta de determinación o precisión de una cláusula de inexigibilidad (cfr. nm. 120 s.).

[120] La mejor exposición de este problema ampliamente desatendido la ofrece Rudolphi, 1969, 173 ss. El examen más a fondo de las dificultades lo proporciona Arzt, ZStW 91 (1979), 857 ss., quien propugna aplicar —sin que exista una razón que obligue a ello— en los delitos imprudentes la teoría del dolo.

[121] Rudolphi, 1969, 173.

de su incapacidad para conducir un accidente mortal, el mismo se ha hallado en error de prohibición en el homicidio que ha cometido con imprudencia consciente [122]. Si dicho error era vencible, ello tiene el efecto de que se ha de atenuar conforme al § 49 la pena que hay que imponer por el homicidio imprudente (§ 222). Si el error era invencible, v.gr. porque varios de los abogados presentes en el festejo habían informado erróneamente al médico, el homicidio imprudente está disculpado y es impune.

105 En la imprudencia inconsciente el sujeto no percibe la posibilidad de la realización de un tipo, de modo que simplemente por esta razón no puede tener conciencia de la antijuridicidad. Pero como la falta de conocimiento del tipo excluye ya (de manera mediata) la conciencia de la antijuridicidad, parece ser imposible un auténtico error de prohibición limitado a la valoración jurídica errónea. No obstante, también en la imprudencia inconsciente existe un error de prohibición sólo encubierto por la falta de conocimiento del tipo, que merece ser tenido en cuenta de manera autónoma y que se hace visible si se parte hipotéticamente de la idea de que el sujeto hubiera percibido la posibilidad de la realización del tipo [123]. Cuando p.ej. alguien pretende detener mediante un disparo de advertencia a un ladrón que huye sin botín y a consecuencia de un descuido le alcanza en la pierna, ello justifica en sí la punición por lesiones dolosas. Si sin embargo el sujeto creyó que estaría permitido incluso un disparo doloso a la pierna con el fin de detenerlo, de modo que con su disparo de advertencia pretendió hacer menos que lo que consideraba justificado, entonces se trata de un error de prohibición que se ha de tener en cuenta en beneficio del sujeto. Pues lo que habría atenuado la culpabilidad en caso de hecho doloso, debe hacerlo también en caso de hecho imprudente; la vencibilidad del error de prohibición que hay que apreciar en el caso normal se deriva de la función de alarma que debería poseer ya la representación hipotética de la realización de un tipo. Si sin embargo el error era invencible (p.ej. a consecuencia de informaciones jurídicas equivocadas), entonces debe conducir a la exculpación, como sucedería también en el caso de que disparara dolosamente a la pierna.

106 Son también especialmente frecuentes en la imprudencia inconsciente los errores de prohibición que consisten en que el sujeto no conoce normas jurídicas de las que se deriva el carácter no permitido del peligro. Debido a la dificultad de la "determinación del contenido de las normas de cuidado" Armin Kaufmann [124] ha llegado incluso a afirmar que la imprudencia sería "el domi-

---

[122] Arzt, ZStW 91 (1979), 868 ss., lo discute simplemente porque considera inseparables el tipo y la antijuridicidad en los delitos imprudentes.

[123] Fundamental Rudolphi, 1969, 174 ss., a quien tb. se debe el ejemplo; crít. al respecto Arzt, ZStW 91 (1979), 879 ss., quien aprecia "una mezcla de error de prohibición y de tipo" (p. 883). Haft, AT[5], 252, considera "apenas concebible" un error de prohibición en la imprudencia inconsciente.

[124] Arm. Kaufmann, ZfRV 1964, 52.

nio del error de prohibición por excelencia". Si p.ej. alguien conduce sin darse su cuenta por ciudad a 70 km. por hora (en vez de a 50 km. por hora), pero considera erróneamente permitida esa velocidad [125], el accidente debido al exceso de velocidad está causado imprudentemente, pero en error de prohibición; pues el sujeto ha determinado erróneamente los límites del riesgo permitido y de ese modo ha considerado atípico lo que estaba prohibido. Aun cuando hubiera conducido conscientemente a 70 km. por hora y se hubiera conformado con la posible producción de un accidente, el error de prohibición habría atenuado su culpabilidad; entonces no puede suceder otra cosa cuando el hecho es imprudente.

II. Causas adicionales de exclusión de la culpabilidad

1. Incapacidad individual

Se reconoce que, más allá de las causas escritas de exclusión de la culpa- **107**
bilidad, la incapacidad individual del sujeto excluye la punibilidad por delito imprudente. Según una extendida opinión minoritaria, la capacidad excluye ya incluso la realización del tipo; según la "doctrina de los dos peldaños o de la doble posición", mayoritaria y también defendida aquí en este punto, aquélla no excluye el injusto, pero sí la culpabilidad (más detenidamente nm. 46 ss.). Por tanto, para responder penalmente por delito imprudente, el sujeto debe no sólo haber realizado un peligro no permitido que se encuentre dentro del ámbito de protección de la norma; además la creación de peligro no permitido y el nexo o conexión con el fin de protección deben haber podido ser advertidos subjetivamente por él y el resultado debe haber sido evitable para él.

Por tanto, si un accidente de circulación es causado por un alumno de **108**
autoescuela que por su falta de experiencia no podía advertir el riesgo para la circulación derivado de su conducta y que también por falta de práctica en la conducción no podía evitar la realización típica que amenazaba con producirse, el sujeto está disculpado (cfr. OLG Hamm, VRS 56 [1979], 347); naturalmente, ello no excluye la punición de su profesor de autoescuela, si éste habría podido intervenir a tiempo. También resulta exculpado el conductor experto que "se vuelve inhábil para la conducción debido a la imperceptiblemente progresiva decadencia o declive por la edad" y a consecuencia de este defecto inadvertible por él causa un día un accidente grave [126]. Está exculpado además quien a consecuencia de un mal funcionamiento de la memoria a corto plazo debido a la edad olvida de inmediato informaciones importantes y ocasiona por ello daños, quien a consecuencia de sus pocas facultades intelectuales no es capaz

---

[125] Ejemplo en Rudolphi, 1969, 176.
[126] Bockelmann, 1967, 211 s.

de hacer frente a situaciones complicadas en las que cualquiera se encuentra alguna vez (cfr. RGSt 22, 163; RG JW 1928, 1505), etc.

109 La mayoría de las veces la imposibilidad o incapacidad individual de advertir el peligro causado por culpa propia conduce ya a la incapacidad subjetiva de evitar el resultado, de modo que a ésta no le corresponde ya una significación autónoma. Pero también puede suceder otra cosa: cuando alguien sufre un infarto o un desmayo al volante de su coche, en determinadas circunstancias puede seguir advirtiendo perfectamente el peligro que de ahí se deriva, pero no tener ya fuerzas para dominarlo; el sujeto está también entonces disculpado.

110 Pero a la capacidad subjetiva de advertir o al hecho de haber advertido le corresponde también la mayor importancia, porque las deficiencias de tipo físico o intelectual advertidas o advertibles fundamentan por regla general, también en caso de inevitabilidad del resultado en el momento del hecho, una provocación culpable por emprendimiento o asunción (cfr. nm. 34, 36, 47, 52). Quien sabe que por edad, enfermedad o falta de vista no es capaz ya de hacer frente a las exigencias de la circulación puede advertir ya al emprender el viaje las lesiones de bienes jurídicos posiblemente resultantes de su incapacidad de rendimiento y evitarlas renunciando a aquél. La inevitabilidad en el momento del accidente no le puede eximir ya de pena; la imprudencia consiste ya en emprender el viaje.

111 La figura jurídica de la imprudencia por emprendimiento o asunción ha sido todavía poco investigada. Se corresponde estructuralmente con la *actio libera in causa* imprudente, con la diferencia de que el sujeto no es inimputable en el momento del hecho en el sentido del § 20, sino "sólo" en el sentido de la capacidad individual de rendimiento. Puede convertirse en objeto de reparos desde el punto de vista del Estado de Derecho si para fundamentar la imprudencia se recurre a una culpabilidad por la conducción de la vida posiblemente muy distante en el tiempo; v.gr. a que el cirujano que fracasa en la operación por falta de capacidades suficientes no se habría dedicado en su día a su formación médica con el celo necesario, que el conductor que actúa con desconocimiento de las reglas de circulación no habría prestado la suficiente atención en la clase de conducir, etc. Estos reparos se pueden evitar no recurriendo nunca a un momento anterior al comienzo de la actividad peligrosa no permitida, sino atendiendo sólo a si el cirujano al disponerse a la operación, el conductor al emprender el viaje, etc., podían advertir que no serían capaces de hacer frente a la actividad que emprendían o asumían; únicamente en ello y no en eventuales descuidos del pasado se ha de basar entonces el reproche de culpabilidad.

112 La incapacidad individual disculpa por tanto sólo en los límites —relativamente estrechos— que se han trazado mediante la provocación culpable por

emprendimiento o asunción. La ampliación pese a todo aquí existente de las posibilidades de exclusión de la culpabilidad en comparación con el delito doloso y el que se vaya más allá del tenor literal de la ley escrita [127] se justifica mediante el recurso inmediato al principio de culpabilidad. Cuando no se le puede reprochar al sujeto que se habría podido comportar de otro modo, desaparece necesariamente la culpabilidad. El que las causas de exclusión de la culpabilidad de la ley escrita, orientadas al delito doloso, no contemplen este caso no modifica en nada lo dicho. Pues en los delitos dolosos no puede plantearse tal posibilidad de exculpación, porque el sujeto advierte la posible realización del tipo y precisamente no quiere evitarla, sino producirla.

En la práctica no siempre se mantiene el baremo individualizador recono- **113** cido en principio en la determinación de la imprudencia, en cuanto que del injusto imprudente se extrae inmediatamente la conclusión de la culpabilidad del sujeto sin ulterior examen de la capacidad individual de advertir y evitar [128]. P.ej. se afirma sin más la imprudencia por emprendimiento o asunción de un sujeto intelectualmente poco dotado y por ello incapaz de evitar el resultado en el momento del hecho, sin dilucidar la cuestión, que sería lógico plantearse, de si las deficiencias intelectuales del sujeto no le impidieron desde un principio advertir incluso su incapacidad (BGHSt 10, 133). El BGH tampoco considera "materialmente justificado... privilegiar demasiado" a sujetos alcoholizados que en el estado del § 21 no pueden advertir ya en determinadas circunstancias el peligro creado por ellos (BGH NStZ 1993, 33). Por otro lado, como en los delitos dolosos, en los delitos imprudentes también sucede que el injusto es un indicio de la culpabilidad [129]; por tanto, cuando no se observan síntomas de ninguna clase de deficiencias físicas o intelectuales, de falta de conocimientos o de una especial dificultad de la situación, se puede partir de la idea de que el sujeto podría haber satisfecho también subjetivamente el baremo objetivo de la imprudencia.

Más allá de lo anterior sólo existen "límites a la individualización" [130] en la **114** medida en que los defectos de carácter no excluyen la culpabilidad. El sujeto no puede invocar por tanto para fundamentar su incapacidad individual de rendimiento que es una persona desconsiderada, indolente, temeraria o superficial. Por lo demás, se han de tener en cuenta sin embargo en el examen de la capacidad subjetiva de advertir y evitar "la inteligencia, la formación y el conocimiento empírico, así como el sexo, la edad y todas las demás circunstancias físicas del sujeto", también v.gr. su agotamiento o su especial excitación en el momento del hecho.

---

[127] Cfr. Herzberg, Jura 1984, 402 ss.

[128] Cfr. Burgstaller, 1974, 185; Jescheck, AT^4, § 57 II 3.

[129] Burgstaller, 1974, 194 s. No se debería emplear sin embargo la expresión "prueba de la apariencia" (Jescheck, AT^4, § 57 II 4), porque no se trata de un problema de carga de la prueba.

[130] Burgstaller, 1974, 189 s.

2. La inexigibilidad

115 Junto a la incapacidad subjetiva, hoy se reconoce con carácter general la inexigibilidad como caso de exclusión de la culpabilidad en los delitos imprudentes [131]. El punto de partida de esta evolución lo constituye el caso del trabarriendas (RGSt 30, 25). En él un cochero había viajado con un caballo del que sabía que, como "trabarriendas *(Leinenfänger *)*", tenía tendencia a desbocarse; el caballo había causado efectivamente la fractura de la pierna de un transeúnte. Aunque al cochero no le había faltado en modo alguno "la conciencia de los peligros" (loc. cit., 27) que originaba, el RG le absolvió porque había actuado a las órdenes del patrón, que estaba asimismo al corriente de los defectos del caballo, y porque si se negaba a obedecer debería contar con la pérdida de su puesto de trabajo. "Según esto había que examinar si a A se le podía exigir como deber sustraerse a la orden de su patrón y asumir la pérdida de su empleo, antes que dar lugar conscientemente, mediante la utilización del caballo que se le había asignado, a la posibilidad de lesión física de otro, o si por el contrario... podía prescindir de... esta última consideración..." (loc. cit., 28).

116 El sujeto ya no podría llegar a hallarse hoy en día ante tal disyuntiva (situación coactiva), por razones propias del Derecho laboral, de modo que se le habría de castigar por lesiones imprudentes. Pero si se parte de las circunstancias de la época, hay que seguir afirmando el injusto imprudente, pues no se puede afirmar un riesgo permitido, dada la existencia de un peligro no exiguo y conocido por el sujeto [132]; también está descartado un estado de necesidad justificante (§ 34), porque el interés en mantener el puesto de trabajo no es en modo alguno preponderante sobre el interés en evitar puestas en peligro de la salud de terceros. Sin embargo, el caso está próximo al § 35,

---

[131] Cfr. v.gr. Burgstaller, 1974, 198 ss.; WK-Burgstaller, § 6, nm. 96 ss.; Jakobs, 1972, 141 ss.; idem, AT², 20/35 ss.; Jescheck, AT⁴, § 57 IV; Sch/Sch/Cramer²⁴, § 15, nm. 204; Stratenwerth, AT³, nm. 1131 ss.; con restricciones SK⁵-Samson, apénd. al § 16, nm. 35 s. Rechazando una exculpación más amplia que en el delito doloso Maurach/Gössel, AT/2⁷, 44/42 ss.

* Esta palabra alemana, que da nombre al célebre caso, se ha traducido (en los casos en que se ha intentado una traducción y no se ha dejado sin más la palabra alemana) de diversas formas. Así Finzi, Mezger, DP, PG, Libro de estudio, trad. de la 6.ª ed. alemana (1955), Buenos Aires, DIN editora, 1957 (reimpr. 1989), 273, traduce por "caballo que no obedece a la rienda"; Mir Puig, Jescheck, Tratado de DP, PG, trad. de la 3.ª edición alemana, vol. II, 1981, § 57 IV (p. 823), opta por la traducción "caballo que apresa las riendas"; Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Jakobs, DP, PG, Fundamentos y teoría de la imputación, trad. de la 2.ª ed. alemana, 1995, 20/38 n. 60 (p. 710), prefieren "caballo que atrapaba las riendas". Rodríguez Muñoz, Mezger, Tratado II, 1957, 220 N. del T. (*), ofrece la explicación de lo que es un *Leinenfänger* (sin traducir la palabra): "Se llama en alemán *Leinenfänger* al caballo de tiro, que una vez enganchado tiene la habilidad de sujetar con la cola las riendas, lo que, naturalmente, dificulta en grado sumo el regirle de manera adecuada"; y tb. Bustos Ramírez/Yáñez Pérez, Welzel, PG, 1987, 255, ofrecen una traducción que constituye a la vez una explicación en el mismo sentido: "caballo de tiro que coge las riendas con la cola" [N. del T.].

[132] Así sin embargo H. Mayer, LB AT, 1953, 141.

pues la pérdida de la base económica de la existencia que amenazaba con producirse supone un daño de similar gravedad al que cabe esperar de un "peligro para la vida, la integridad física o la libertad". Esta fuerte disminución de la culpabilidad hace que la imprudencia, no del todo irrelevante desde la perspectiva del injusto, descienda al nivel de la insignificancia. Como el § 35 está diseñado para delitos dolosos, resulta correcto extender mediante una analogía cuidadosa la exculpación en los hechos imprudentes, menos merecedores de pena, a otras amenazas graves, más allá de los peligros para la vida, la integridad física y la libertad. La inexigibilidad amplía por tanto los límites, con razón estrechos en los delitos dolosos, del § 35 [132a].

Si ello es correcto, también debe producirse la exculpación cuando la imprudencia aparece como insignificante en virtud de una disminución sustancial de la culpabilidad de otra índole. Ello rige especialmente en los supuestos de hecho próximos a una incapacidad subjetiva, en los que al sujeto no le resulta directamente imposible, pero sí sustancialmente más difícil una conducta distinta. Así sucede en el ejemplo académico de la mujer que, al comunicársele que su marido ha sufrido un accidente grave, corre al lugar de la desgracia y olvida, en su estado de agitación, apagar la plancha, que provoca entonces un incendio [133]. A un shock semejante se debe el que un padre omitiera llevar a tiempo a su hijo a un hospital en el que había muerto inmediatamente antes su mujer; RGSt 36, 78, afirmó con razón también aquí la inexigibilidad. Es cierto que ambos ejemplos se refieren a omisiones; pero también pertenecen a este grupo las situaciones frecuentes en que el sujeto, por miedo a un peligro en la circulación no provocado culpablemente e inesperado, reacciona incorrectamente. En todo este grupo de casos resulta procedente la exculpación también porque el mismo se halla en el límite con la incapacidad subjetiva y la exclusión de la responsabilidad puede compensar la inseguridad que necesariamente se produce en la constatación de la incapacidad subjetiva. 117

Con razón se apreció también inexigibilidad en un caso en que la imprudencia de un conductor de tranvía había consistido sólo en la observancia de una norma de servicio incorrecta (RGSt 74, 195); este supuesto de hecho se halla en el límite con el error de prohibición invencible. Asimismo se podrá disculpar hechos imprudentes cuando tengan lugar en estados de conciencia cercanos a los de los §§ 20 o 33. 118

Pero además hay que afirmar la exclusión de la responsabilidad también cuando la insignificancia de la imprudencia se deba a que sólo se ha traspasado 119

[132a] Lo rechaza Maiwald, Schüler-Springorum-FS, 1993, 487, quien sólo reconoce la inexigibilidad como exculpante en la imprudencia consciente y sólo dentro de los límites del § 35. En el caso del trabarriendas pretende tener en cuenta la fuerte disminución de la culpabilidad del sujeto sólo en la medición de la pena.

[133] Nowakowski, JBl 1953, 509. BGH NStZ 1989, 21, concedió con razón eficacia exçulpatoria tb. al shock producido por un parto inesperado.

un poco el umbral del injusto. Cuando en un trabajo peligroso o en el tráfico automovilístico una persona en sí cuidadosa supera sólo de forma poco importante el límite del riesgo permitido o es culpable una vez de una pequeña falta de atención, ello queda por debajo del merecimiento de pena criminal (cfr. nm. 85 s.). El empleo de una precisión mecánica durante toda la vida es inexigible [134].

120 Se discute no sólo el alcance de la inexigibilidad, sino también su ubicación más exacta en el marco de la culpabilidad y la responsabilidad. A veces tampoco se distinguen claramente entre sí en la jurispr. incapacidad e inexigibilidad. Ello es comprensible, en cuanto que ambas se hallan inmediatamente contiguas sobre todo en el ámbito de la insignificancia debida a razones de culpabilidad (nm. 116-118). Pero no es correcto, porque la incapacidad afecta a la culpabilidad, o sea, a la cuestión de si el sujeto podía actuar de algún otro modo, mientras que la inexigibilidad sólo excluye, cuando existe (escasa) culpabilidad, la responsabilidad jurídicopenal por falta de necesidad preventiva de punición [135].

121 También existe diversidad de pareceres sobre si la inexigibilidad en los delitos imprudentes se ha de reconocer como causa de exculpación (supralegal) autónoma [136] o si se trata aquí de una "limitación del deber subjetivo de cuidado" [137]. No obstante, estas dos ubicaciones no son incompatibles entre sí. Pues es verdad que la inexigibilidad limita la responsabilidad de la conducta culpable-imprudente; pero como la misma posee una *ratio* propia en la insignificancia, ello no excluye el concederle el carácter de causa de exculpación autónoma, cuyo reconocimiento general está afianzado hoy como Derecho consuetudinario.

---

[134] A favor de la impunidad ya conforme al Derecho vigente sobre todo tb. Burgstaller, 1974, 201. Hoffmann, NZV 1993, 209, propugna castigar *de lege ferenda* el caso ordinario de lesiones en el tráfico automovilístico sólo como contravención y limitar la punibilidad a la imprudencia grave y las consecuencias del § 224 [lesiones graves].

[135] Muy similar Burgstaller, 1974, 199.

[136] Así v.gr. Baumann/Weber, AT[9], § 29 III 2; Bockelmann/Volk, AT[4], § 20 IV 2 c; Welzel, StrafR[11], 183 s. [= PG, 1987, 255 s.; N. del T.].

[137] Burgstaller, 1974, 199; Jescheck, AT[4], § 57 IV.

Indice de materias

Los números en negrita remiten a los parágrafos del libro, y los que están sin negrita indican los números marginales dentro de cada parágrafo. [Cuando aparece citado algún parágrafo entre paréntesis (§), se refiere a los §§ del StGB.]